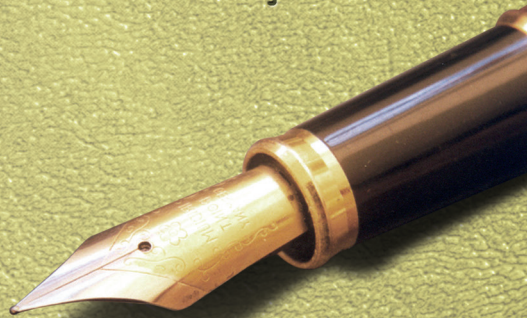




*1º Concurso de
Monografias
do Tribunal Superior Eleitoral*

Direito Eleitoral e os desafios de sua concretização



**Brasília
2012**



*1º Concurso de
Monografias
do Tribunal Superior Eleitoral*

Direito Eleitoral e os desafios de sua concretização

Brasília

2012

© 2012 Tribunal Superior Eleitoral

Escola Judiciária Eleitoral
SAFS, Quadra 7, Lotes 1/2, 7º andar
70070-600 – Brasília/DF
Telefone: (61) 3030-7475
Fax: (61) 3030-9959

Editoração: Coordenadoria de Editoração e Publicações (Cedip/SGI)
Projeto gráfico e capa: Clinton Anderson
Diagramação: Leila Oliveira

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

1º concurso de monografias do Tribunal Superior Eleitoral : direito eleitoral e os desafios de sua concretização / Tribunal Superior Eleitoral, editor. - Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 2012.

324 p.

ISBN

1. Direito eleitoral. I. Brasil. Tribunal Superior Eleitoral.

CDDir 341.28

CDD 342.07

Tribunal Superior Eleitoral

Presidente

Ministra Cármen Lúcia

Vice-presidente

Ministro Marco Aurélio

Ministros

Ministro Dias Toffoli

Ministra Nancy Andrighi

Ministro Gilson Dipp

Ministro Arnaldo Versiani

Procurador-Geral Eleitoral

Roberto Monteiro Gurgel Santos

Composição da EJE

Diretora

Ministra Rosa Weber

Assessora-chefe

Juliana Deléo Rodrigues Diniz

Servidores

Ana Karina de Souza Castro
Camila Milhomem Fernandes
Carmen Aparecida Melo de Valor
Geraldo Campetti Sobrinho
Quéren Marques de Freitas da Silva
Rodrigo Moreira da Silva
Roselha Gondim dos Santos Pardo

Colaboradores

Anna Cristina de Araújo Rodrigues
Keylla Cristina de Oliveira Ferreira
Lana da Glória Coêlho Stens

As ideias e opiniões expressas nas monografias são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Superior Eleitoral.

Apresentação

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE) organizou, em 2011, o 1º Concurso de Monografias do TSE com o tema Direito Eleitoral e os desafios de sua concretização. O objetivo foi estimular pesquisas voltadas à valorização do Direito Eleitoral como ramo do conhecimento e à reflexão sobre a aplicação do Direito Eleitoral e a concretização da democracia no Brasil.

Nesta publicação, estão apresentados os trabalhos vencedores do concurso, nas categorias universitários e profissionais, em ordem de classificação. Além da publicação das monografias, a premiação incluiu a entrega de diplomas e livros aos vencedores, que ocorreu durante o Congresso Internacional Eleitoral, também organizado pela EJE/TSE, no dia 22 de março de 2012.

O concurso teve abrangência em todo o território nacional, com inscrições realizadas no período de 13 de junho a 13 de outubro de 2011, para apresentação de trabalhos individuais ou coletivos. As monografias foram analisadas por pareceristas, no sistema de *blind review*, e classificadas pelo Conselho Deliberativo da EJE/TSE, que atuou como comissão julgadora.

Sumário

Regulamento do concurso.....	11
Resultado do concurso.....	17
Categoria universitários	
Uma leitura da ADPF 144 à luz da Lei da Ficha Limpa	
<i>Elaine Carneiro Batista</i>	21
Titularidade do mandato eletivo: do partido político ou da coligação partidária?	
<i>Patricia Cristina de Carvalho Franklin</i>	133
Categoria profissionais	
Financiamento de campanha em perspectiva comparada: uma análise exploratória	
<i>Dalson Britto Figueiredo Filho e Natália Maria Leitão de Melo</i>	197
A concretização do princípio da eficiência: um desafio para o Direito Eleitoral?	
<i>João Andrade Neto</i>	239
Os votos brancos e nulos no Estado democrático de direito: a legitimidade das eleições majoritárias no Brasil	
<i>Renata Livia Arruda de Bessa Dias</i>	289

REGULAMENTO DO CONCURSO



REGULAMENTO Nº 1/2011

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º O 1º Concurso de Monografias do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), regido pelo presente regulamento, será realizado pela Escola Judiciária Eleitoral (EJE) deste Tribunal, com sede no SGON, Quadra 05, lote 795, Anexo III do Tribunal Superior Eleitoral, Bloco B, Brasília/DF - CEP 70.610-650. O Tribunal Superior Eleitoral está inscrito no CNPJ: 00.509.018/0001-13.

Art. 2º O concurso tem por finalidade estimular pesquisas voltadas à valorização do Direito Eleitoral como ramo do conhecimento e à reflexão sobre a aplicação do Direito Eleitoral e a concretização da democracia no Brasil.

PERÍODO DE INSCRIÇÃO

Art. 3º O 1º Concurso de Monografias do Tribunal Superior Eleitoral será realizado em todo o território nacional e as inscrições poderão ser feitas de 13 de junho de 2011 até 13 de outubro de 2011.

PARTICIPAÇÃO

Art. 4º Poderão concorrer trabalhos individuais e coletivos (com número máximo de três autores) de candidatos que preencham os requisitos descritos neste edital.

Art. 5º O concurso será dividido em duas categorias:

I – universitários;

II – profissionais.

§ 1º Na categoria universitários, poderão concorrer monografias produzidas por candidatos que estejam regularmente matriculados em qualquer curso superior de instituição de ensino superior reconhecida pelo Ministério da Educação.

§ 2º Na categoria profissionais, poderão concorrer monografias produzidas por candidatos que tenham, no mínimo, diploma de graduação em qualquer curso superior de instituição de ensino superior reconhecida pelo Ministério da Educação.

§ 3º Estão impedidos de concorrer na categoria universitários candidatos que já tenham concluído curso de graduação em qualquer área de formação.



Art. 6º Cada candidato, incluindo os coautores, se houver, poderá inscrever apenas uma monografia no concurso.

Parágrafo único. Se for inscrita mais de uma monografia do mesmo candidato, será considerada válida apenas a primeira que tiver sido inscrita.

Art. 7º Não poderão concorrer trabalhos de autoria de servidores e colaboradores lotados na EJE/TSE, nem de membros da comissão julgadora do concurso.

TEMA

Art. 8º O tema do concurso é ***Direito Eleitoral e os desafios de sua concretização.***

§ 1º As monografias deverão apresentar enfoque atual com aplicabilidade para a realidade brasileira.

§ 2º As monografias apresentadas também poderão tratar do tema sob a perspectiva do Direito Comparado.

REQUISITOS DA MONOGRAFIA

Art. 9º As monografias inscritas deverão ser inéditas e sua publicação não deve estar pendente em outros veículos de publicação, impressos ou eletrônicos.

Art. 10 As monografias deverão ter número de páginas entre 30 e 60, incluindo as referências bibliográficas e excetuados folha de rosto e anexos, obedecidas as seguintes regras de formatação: parágrafos justificados e determinados pela tecla ENTER; não utilização de recuos, deslocamentos ou espaçamentos antes ou depois; fonte Times New Roman, corpo 12; parágrafos com entrelinha 1,5; margens superior e inferior de 2,0 cm e laterais de 3,0 cm; tamanho do papel A4.

Art. 11 A estrutura mínima da monografia deverá incluir: folha de rosto, resumo, *abstract*, sumário, introdução, desenvolvimento, conclusão e referências bibliográficas.

Parágrafo único O resumo deverá informar os elementos fundamentais da monografia, ressaltando os objetivos principais, limites, métodos utilizados e resultados, e deverá destacar a contribuição que o trabalho pode oferecer e as principais conclusões.

Art. 12 As referências deverão ser feitas de acordo com a ABNT NBR 6023:2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo 1) e podem ser citadas em notas de rodapé de cada página ou em formato “autor: data” no corpo do texto principal.



Parágrafo único. Todas as fontes utilizadas na pesquisa e citadas no texto deverão constar no final do artigo com o título Referências.

Art. 13 Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha. Citações de outros autores contendo até três linhas devem ser feitas entre aspas, no corpo do texto, sem o uso de itálico. As citações que ultrapassarem as três linhas deverão figurar em parágrafo próprio, com recuo, fonte 1 ponto menor que o do texto principal, sem aspas, conforme orientações da ABNT NBR 10520:2002 (Citações em documentos – Anexo 2). As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de internet, deve-se indicar expressamente a data de acesso no seguinte formato: Acesso em: 4 jun. 2010.

Art. 14 Os trabalhos deverão ser escritos em português e as citações em línguas estrangeiras devem ser obrigatoriamente traduzidas.

PREMIAÇÃO

Art. 15 Serão premiados os três primeiros colocados em cada uma das categorias descritas no art. 5º deste regulamento.

Parágrafo único. A comissão julgadora poderá decidir não conferir prêmio em qualquer das categorias, se nenhuma das monografias preencher os requisitos do regulamento ou apresentar qualidade satisfatória.

Art. 16 A premiação dos vencedores será a seguinte:

I – na categoria universitários:

- a) 1º colocado: publicação do trabalho, diploma de 1º lugar e livros;
- b) 2º colocado: publicação do trabalho, diploma de 2º lugar e livros;
- c) 3º colocado: publicação do trabalho, diploma de 3º lugar e livros.

II – na categoria profissionais:

- a) 1º colocado: publicação do trabalho, diploma de 1º lugar e livros;
- b) 2º colocado: publicação do trabalho, diploma de 2º lugar e livros;
- c) 3º colocado: publicação do trabalho, diploma de 3º lugar e livros.

Parágrafo único. Os trabalhos vencedores serão publicados pelo Tribunal Superior Eleitoral em volume único ou individualmente, cabendo ao TSE essa definição.



INSCRIÇÃO

Art. 17 As inscrições deverão, obrigatoriamente, ser encaminhadas via carta registrada ou encomenda expressa, tipo Sedex, em envelope assim endereçado:

Tribunal Superior Eleitoral
Escola Judiciária Eleitoral
1º Concurso de Monografias
Praça dos Tribunais Superiores, bloco C
Setor de Autarquias Sul
CEP 70096-900 Brasília/DF

§ 1º Serão considerados inscritos apenas os trabalhos enviados com data de postagem nos Correios até 13 de outubro de 2011.

§ 2º As inscrições são gratuitas e deverão conter os seguintes documentos:

- a) requerimento de inscrição devidamente preenchido e assinado pelo autor (incluindo um brevíssimo currículo de, no máximo, três linhas, com os principais títulos acadêmicos e/ou a principal atividade exercida – Anexo 3);
- b) cópia do documento de identidade do autor;
- c) para a categoria universitários, declaração da instituição de ensino superior que comprove que o candidato está matriculado em curso de graduação em 2011;
- d) para a categoria profissionais, certificado de conclusão de curso ou cópia do diploma de curso de graduação;
- e) uma via impressa da monografia, precedida de folha de rosto da qual se fará constar: nome do autor, título do trabalho e categoria na qual concorre, local e ano – o(s) nome(s) do(s) autor(es) não deve(m) figurar em nenhuma outra página da monografia;
- f) CD-ROM com o conteúdo integral da monografia salvo em dois arquivos: um cuja extensão seja .doc ou .rtf e outro em PDF. O arquivo magnético deverá ser idêntico à monografia impressa.

§ 3º No caso de trabalhos elaborados em grupo:

- a) todos os membros do grupo deverão encaminhar os documentos de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” ou “d” do §2º deste artigo;
- b) o nível de formação de todos os autores deverá estar em conformidade com a categoria em que estiverem concorrendo.

§ 4º O requerimento de inscrição mencionado na alínea “a” do § 2º deste artigo deverá ser integralmente preenchido e subscrito por todos os autores, sendo de sua inteira responsabilidade a veracidade e a correção dos dados informados.

§ 5º Será considerada como data de inscrição aquela constante do protocolo ou carimbo de entrega do material completo junto aos Correios, sendo rejeitadas as inscrições postadas após a data estipulada no § 1º deste artigo.



§ 6º A apresentação da inscrição implica a aceitação de todas as disposições do presente regulamento pelos candidatos.

Art. 18 As inscrições que não atenderem ao disposto neste regulamento serão desclassificadas.

Parágrafo único. Eventuais dúvidas sobre o processo de inscrição poderão ser dirimidas pelo endereço eletrônico cje.tse@tse.jus.br.

JULGAMENTO DOS TRABALHOS E RESULTADO

Art. 19 A escolha dos trabalhos das duas categorias será feita por uma comissão julgadora, designada pelo diretor da EJE/TSE especialmente para esse fim.

Art. 20 Após a verificação do atendimento das regras deste edital, os trabalhos serão submetidos à comissão julgadora, excluída a página de rosto referida no art. 16, § 2º, “e”.

Art. 21 O julgamento obedecerá aos seguintes critérios:

- I – profundidade da pesquisa bibliográfica e da análise realizadas;
- II – pertinência técnica e científica do tema abordado;
- III – coerência no desenvolvimento e na organização do trabalho;
- IV – originalidade e relevância do trabalho.

Art. 22 A comissão julgadora terá um prazo de sessenta dias para a avaliação dos trabalhos, contados a partir de 14 de outubro de 2011.

§ 1º A decisão da comissão julgadora será soberana, não cabendo contra ela quaisquer recursos.

§ 2º O resultado do concurso será publicado na página da EJE na internet e enviado por *e-mail* a todos os inscritos.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 23 Não serão aceitas, em nenhuma hipótese, trocas, alterações, inserções ou exclusões de parte ou de toda monografia após a entrega, ainda que dentro do prazo de recebimento.

Art. 24 Os candidatos respondem pessoal e individualmente pela originalidade e veracidade das afirmações contidas em suas respectivas monografias, isentando expressamente este Tribunal e a Escola Judiciária Eleitoral de qualquer responsabilidade



quanto à autoria, às opiniões expedidas nos trabalhos e por eventual infringência aos direitos autorais de terceiros.

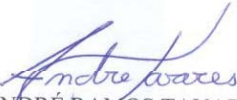
Art. 25 O material encaminhado para inscrição no 1º Concurso de Monografias da EJE/TSE não será devolvido e passará a integrar o arquivo da EJE/TSE ou será eliminado, conforme decidir o diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TSE.

Art. 26 Os trabalhos publicados passarão a fazer parte do acervo da Biblioteca deste Tribunal, podendo ser utilizados total ou parcialmente em expedientes e publicações internas e externas em quaisquer meios, inclusive internet, desde que citados os autores, sem que caiba a percepção de qualquer valor, inclusive a título autoral.

Art. 27 Os autores dos trabalhos premiados deverão fazer menção expressa ao concurso ora regulado em futuras utilizações públicas da monografia.

Art. 28 Os casos omissos serão resolvidos pela comissão julgadora do concurso.

Brasília, 9 de junho de 2011.


ANDRÉ RAMOS TAVARES
Diretor da EJE/TSE

RESULTADO DO CONCURSO



Divulgação do resultado do 1º Concurso de Monografias do Tribunal Superior Eleitoral

A comissão julgadora torna público o resultado do 1º Concurso de Monografias do Tribunal Superior Eleitoral, organizado pela Escola Judiciária Eleitoral, com o tema *Direito Eleitoral e os desafios de sua concretização*.

I – Categoria universitários:

1º colocado

Título: Uma leitura da ADPF 144 à luz da Lei da Ficha Limpa

Autora: Elaine Carneiro Batista Simplício

2º colocado

Título: Titularidade do mandato eletivo: do partido político ou da coligação partidária?

Autora: Patricia Cristina de Carvalho Franklin

3º colocado: em conformidade com o parágrafo único do Art. 15 do Regulamento nº 1/2011, que rege o 1º Concurso de Monografias do Tribunal Superior Eleitoral, a comissão julgadora decidiu por não conferir premiação a esta colocação da categoria universitários.

II – Categoria profissionais:

1º colocado

Título: Financiamento de campanha em perspectiva comparada: uma análise exploratória

Autores: Dalson Britto Figueiredo Filho e Natália Maria Leitão de Melo

2º colocado

Título: A concretização do princípio da eficiência: um desafio para o Direito Eleitoral?

Autor: João Andrade Neto

3º colocado

Título: Os votos brancos e nulos no Estado Democrático de Direito: a legitimidade das eleições majoritárias no Brasil

1º Concurso de Monografias do Tribunal Superior Eleitoral

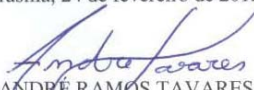
Autora: Renata Livia Arruda de Bessa Dias

A premiação, que incluirá a entrega do diploma e de livros, ocorrerá em 22 de março de 2012, às 11h, durante o evento *Congresso Internacional Eleitoral*, a ser realizado em Brasília/DF, no Auditório 1 do Tribunal Superior Eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral não arcará com nenhuma despesa relativa ao comparecimento dos vencedores ao evento em que ocorrerá a premiação, tais como passagens, diárias, locomoção e alimentação. Caso não possam comparecer à premiação, é facultado aos vencedores indicar procurador para representá-los ou retirar posteriormente o diploma e os livros na EJE-TSE.

Publique-se na página da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral na *internet* e dê-se ciência a todos os inscritos mediante envio de *e-mail*.

Brasília, 24 de fevereiro de 2012


ANDRÉ RAMOS TAVARES
Diretor da EJE/TSE

CATEGORIA

Universitários

UMA LEITURA DA ADPF 144 À LUZ DA LEI DA FICHA LIMPA

Elaine Carneiro Batista

Resumo

Trabalho monográfico direcionado para a análise da controvérsia acerca da possibilidade de mitigação do princípio da presunção de inocência face aos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo. A pesquisa baseou-se, sobretudo, na obra do Paulo Bonavides a respeito da democracia participativa e na teoria do Luiz Alberto Warat sobre os mitos dogmáticos. Consiste o trabalho num estudo de caso sobre a apreciação do problema jurídico pela Corte Suprema na ADPF 144/2008 e a realidade trazida pela Lei da Ficha Limpa. A análise se dá dentro de uma perspectiva histórico-filosófica a respeito da passagem do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais e as consequências daí decorrentes, dentre as quais se destacam o império da concretização dos direitos fundamentais, a democracia participativa e o pluralismo jurídico. Permite também um olhar crítico sobre os mitos dogmáticos decorrentes da reprodução de valores e práticas no universo jurídico. Ficou evidenciado que o crescimento da participação popular ao longo da história causou reflexos sobre os universos jurídico e político, sendo que o povo, nessa nova realidade, passa a exercer influência, direta ou indiretamente, enquanto poder político. A ampliação da base democrática do poder revela-se especialmente importante em contextos de crise de legitimidade das instituições representativas, o que faz emergir iniciativas por parte da sociedade. A pesquisa permite ver que o Direito não é estático, apolítico, a-histórico, tampouco construído sem a participação da sociedade. A importância desse estudo se justifica especialmente em razão do momento histórico pelo qual passa a sociedade brasileira, que espera efetividade do Estado no combate à corrupção. A pesquisa revelou que a Lei da Ficha Limpa representa um forte exemplo de democracia participativa nas sociedades contemporâneas. Permitiu, também, ver que o Direito deve acompanhar a evolução da sociedade de modo a dar respostas efetivas às suas necessidades. Para tanto, impera um olhar crítico que permita ver o caráter dinâmico dos fenômenos políticos e jurídicos. Nesse sentido se dá o questionamento da “absolutização” do princípio da presunção de inocência, o que não põe em xeque a importância deste postulado, mas

procura descobrir se, no presente momento histórico, cabe a ideia de tê-lo como um corolário juridicamente inquestionável, tendo em vista o reconhecimento de que a aplicação de um instituto jurídico pode variar conforme o momento histórico. Nessa questão, fica evidenciada a importância que o Poder Judiciário exerce, posto que terá o desafio de conciliar a aspiração por ética na política com as garantias individuais. Caberá ao STF, assim, responder à sociedade se a Lei da Ficha Limpa fere o sistema constitucional vigente, ou se ela consubstancia uma evolução do próprio sistema.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Probidade administrativa. Moralidade para o exercício do mandato eletivo. Democracia participativa. Pluralismo jurídico. Concretização dos direitos fundamentais. Mitos dogmáticos. Perspectiva diacrônica do Direito.

Abstract

This study analyzes the controversy about the possibility of mitigating the principle that dictates the assumption of innocence in face of the principles of administrative probity and public morality which subdue the exercise of an elective mandate. The research was based on Paulo Bonavides's work regarding the participant democracy and on Luiz Alberto Warat's theory about the dogmatic myths. This paper has in perspective the judgement by the Supreme Court of Brasil of the case ADPF 144/2008 and reality brought about by "Clean File Law". The analysis is based on a descriptive-philosophical perspective regarding the transition from the Classic State of Law to the State of the Civil Rights and its implications. Amongst them, the supremacy of the fundamental rights, of the participant democracy and of the juridical pluralism. This paper also gives us a critical view of the dogmatic myths which derives from the reproduction of the values and practices of the legal universe. It was clearly shown that the participation of the folk throughout history has had its effects on the political and juridical systems. In these situations the people start to influence, directly and indirectly, as a political power. The broadening of the democratic base is substantially important in situations of crisis of legitimacy of the representative institutions which develop pro-active behavior from the society. This research pointed to the fact that the "Clean File Law" is a strong example of participant democracy in contemporary societies. Law should follow society's evolution in order to fulfill its needs. Together with that comes

a critical view which allows the recognition of the dynamics of the political and legal *phenomena*. In this sense, there is the questioning of the “absolutization” of the principle of the assumption of innocence, which does not deny the importance of the postulate. However, it brings up the question whether the idea of an unquestionable juridical corollary is appropriate for nowadays. It’s important to keep in mind that the enforcement of a juridical institute can vary according to its point in history since it will try to reconcile the aspiration for ethics in politics with civil rights. It is in the STF’s lap to give its response to society by bringing its decisions whether the “Clean File Law” wounds the effective constitutional system or if it strengthens the natural evolution of the whole system.

Keywords: Assumption of innocence. Administrative probity. Morality demanded for the exercise of elective mandate. Participant democracy. Juridical pluralism. Enforcement of the political rights. Dogmatic myths. Diachronic perspective of the law.

1 Introdução

A Lei da Ficha Limpa trouxe a possibilidade de o candidato condenado por órgão colegiado tornar-se inelegível, ainda que a decisão seja passível de recurso. Com isso, a norma não exigiu, como até então se via, o trânsito em julgado da decisão condenatória. Desse modo, a nova legislação de inelegibilidades inovou ao prever, de forma expressa, a mitigação do princípio da presunção de inocência face aos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo.

Essa inovação legislativa tem gerado grandes debates na sociedade como um todo, com destaque ao universo jurídico. Há defensores e críticos ferrenhos às duas possibilidades de posicionamento. Para os que defendem a Lei da Ficha Limpa, o próprio princípio democrático exige uma tutela ao direito que os indivíduos têm de dispor de representantes que estejam a serviço dos maiores interesses da coletividade. Por outro lado, as críticas à nova legislação de inelegibilidades pautam-se na sua inconstitucionalidade, por consistir numa afronta ao postulado da presunção de inocência, direito fundamental do indivíduo assegurado no Texto Magno.

O presente trabalho monográfico buscou pensar essa controvérsia dentro de uma perspectiva histórico-filosófica, aplicando tais reflexões ao cotejo entre a apreciação do tema pela Corte Suprema na ADPF 144/2008 e a realidade trazida pela Lei da Ficha Limpa.

A análise da passagem do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais e as consequências daí advindas, dentre as quais aqui se destacam o império da concretização dos direitos fundamentais, a democracia participativa e o pluralismo jurídico, conduziram a pesquisa em duas vertentes.

De início, buscou-se demonstrar o crescimento da participação da sociedade ao longo da história e o reflexo sobre os universos político e jurídico. Nesse sentido, utilizou-se a teoria de Paulo Bonavides sobre a emergência do chamado “Estado Constitucional da Democracia Participativa”. Dentro da outra vertente, utilizou-se a obra do Luiz Alberto Warat sobre os mitos dogmáticos decorrentes da reprodução de valores e práticas no universo jurídico, o que demanda um olhar crítico, especialmente ao se considerar o fato de que tais dogmas absolutos podem desempenhar importantes funções ideológicas.

A pesquisa procurou estabelecer um diálogo entre as teorias a respeito da democracia participativa e do pluralismo jurídico, notadamente a partir das lições de Paulo Bonavides, Peter Häberle e Antonio Carlos Wolkmer, e a obra do Luiz Alberto Warat sobre os mitos que surgem no universo jurídico a partir da reiterada reprodução de valores e práticas pela cultura jurídica dominante.

Buscou-se discutir a incidência dessas teorias no caso da controvérsia em torno da Lei da Ficha Limpa, em que se vê, de um lado, a defesa dos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, o que esbarra no princípio da presunção de inocência, um dos corolários advindos do Estado de Direito Clássico.

O presente trabalho, ao analisar a possibilidade de mitigação do princípio da presunção de inocência face aos princípios da probidade

administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, não pretende pôr em xeque a importância do postulado da presunção de inocência, fruto das conquistas oitocentistas, mas questionar se, no presente momento histórico, cabe a ideia de tê-lo como um corolário juridicamente inquestionável.

Assim, pergunta-se se não poderia o princípio da presunção de inocência ceder em favor de outros princípios constitucionais, tais como o da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato.

Esse questionamento foi lançado inicialmente por organizações da sociedade civil, tais como movimentos e associações, e foi depois chancelado pelo legislador por meio da Lei da Ficha Limpa, permanecendo ainda a mesma pergunta, uma vez que a nova legislação de inelegibilidades passará pelo crivo da Corte Suprema.

A importância desse estudo se justifica especialmente em razão do momento histórico por que passa a sociedade brasileira, que espera efetividade do Estado no combate à corrupção. O crivo da Lei da Ficha Limpa pelo Supremo Tribunal Federal repercutirá em todos os rincões do país e será marcado por grande expectativa em virtude da peculiar participação da sociedade no advento da Lei. Trata-se de um período de conflitos e de sinal de mudança paradigmática, que merece ser acompanhado de perto pelo profissional do Direito.

O trabalho consiste em uma pesquisa de cunho teórico que envolve as perspectivas analítica, empírica e crítico-normativa do Direito. Para realizar o estudo de caso dentro da perspectiva histórico-filosófica, foram utilizadas as técnicas de levantamento bibliográfico e documental.

O primeiro capítulo abordará a passagem do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais, analisando o contexto do surgimento e as principais ideias dos dois modelos. Revelará que, não obstante as virtudes do primeiro modelo de Estado, suas insuficiências geraram descontentamentos e lutas que levaram o caminhar da história

político-jurídica ocidental para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais. Demonstrará que tal mudança paradigmática deve-se, em grande medida, ao reconhecimento da relação entre direito e ideologia, para o que se faz necessário um olhar crítico que permita ver o caráter dinâmico dos fenômenos políticos e jurídicos.

O segundo capítulo explorará o conceito da democracia participativa na sociedade contemporânea, para o que se fará a análise da relação entre sociedade civil e Estado nos contextos do Estado de Direito Clássico e do Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais. Demonstrará o conceito do elemento “povo” dentro da realidade da democracia participativa e a influência que exerce, direta ou indiretamente, enquanto poder político. Analisará, ainda, o trilhar da realidade brasileira nesse sentido, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988. Abordará, por fim, a ampliação da base democrática do poder no contexto de crise de legitimidade das instituições representativas, o que faz emergir iniciativas por parte da sociedade, tais como a “Campanha Ficha Limpa”, que deu origem à Lei da Ficha Limpa.

O terceiro capítulo volta-se para o estudo da participação popular no combate à corrupção. Inicialmente, faz um cotejo entre o dever-ser da representação política, eventuais atuações abusivas dos representantes e as consequências daí advindas. Demonstra os impactos da corrupção para a sociedade e para o próprio sistema democrático, ressaltando a necessidade de meios para ter-se garantido o efetivo controle da atuação dos representantes, bem como da conduta daqueles que pretendem assumir mandato eletivo. Analisa a questão do controle por parte do corpo social mediante manifestações de poder que emergem da sociedade civil, sobretudo em caso de “choque” entre o que o representado demanda e o que o representante realiza, aplicando tal análise no contexto da Lei da Ficha Limpa.

No quarto capítulo, será feita uma abordagem da Lei da Ficha Limpa propriamente dita, do contexto do seu surgimento e do seu conteúdo.

Será explorada a controvérsia em torno da nova lei a partir da análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na ADPF 144, verificando a pertinência dos argumentos ali utilizados no novo cenário legislativo. Por fim, será feito um paralelo entre uma possível “absolutização” do princípio da presunção de inocência pela cultura jurídica dominante e o reconhecimento de que a aplicação dos institutos jurídicos pode variar no decorrer da história, o que conduz a um pensar sobre a cultura jurídica no contexto das sociedades contemporâneas, com destaque à atuação do Poder Judiciário.

O presente estudo de caso tem como foco a análise sobre a apreciação de um problema jurídico pela Corte Suprema em dois momentos históricos: antes e depois da Lei da Ficha Limpa. A discussão travada na ADPF 144 mostra que foi levado à mais alta corte do país um caso de grande importância, sendo que, naquele momento, o fato de não haver uma lei que tipificasse os casos de inelegibilidade em virtude da vida pregressa do candidato foi determinante para o resultado da ADPF 144.

Com o advento da nova legislação de inelegibilidades, essa questão deverá ser novamente enfrentada. Será preciso verificar se o dispositivo da Lei da Ficha Limpa que permite a restrição da capacidade eleitoral passiva com base em condenação por órgão colegiado não transitada em julgado merece lugar no sistema constitucional vigente.

Trata-se de um grande desafio, posto que ocorrerá diante de um novo cenário: uma sociedade fortemente mobilizada em prol do combate à corrupção, sociedade esta que deu origem à própria lei que estará sob julgamento. Assim, caberá ao STF responder à sociedade se a Lei da Ficha Limpa fere o sistema constitucional vigente ou se ela consubstancia uma evolução do próprio sistema.

2 Do Estado de Direito Clássico ao Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais

2.1 O Estado de Direito Clássico

2.1.1 Contexto do surgimento e ideias inspiradoras do modelo

É sabido que a passagem do estado da natureza para o de sociedade civil resulta de um pacto ou convenção: os indivíduos abrem mão de parcela da sua liberdade em troca da garantia de paz e segurança por parte da organização dos poderes públicos, o que veio depois a ser chamada de Estado.¹

A partir das revoluções burguesas, criou-se o conceito de Estado moderno, que consistiu na fórmula encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna foi, portanto, a defesa dos proprietários contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável.²

A primeira modalidade de Estado Constitucional corresponde, assim, ao chamado Estado liberal e configurava o antigo e clássico Estado de Direito da primeira época do constitucionalismo. Nessa fase, havia um compromisso inquebrantável com a liberdade, com os direitos civis e políticos, que formam a grande camada dos direitos fundamentais de primeira dimensão: trata-se das liberdades clássicas.³ Bobbio lembra que o Estado mínimo, a luta burguesa, pretendia libertar o homem da opressão do soberano, o que foi determinante para que houvesse a libertação do monopólio do poder ideológico, quando emergiram direitos de liberdade de crença e de opinião, por exemplo.⁴

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 87.

² Id. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63-64.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 43.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 131.

O constitucionalismo moderno, nessa esteira, representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos, reflexo dos questionamentos, vistos, sobretudo, a partir de meados do século XVIII, aos planos político, filosófico e jurídico do tradicional esquema político absolutista, cujos alicerces encontravam-se na existência de direitos estamentais perante o monarca. A constituição moderna, assim, consubstanciou-se em um “documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.⁵

Decorreu da mudança de foco experimentada no início da Idade Moderna, quando os problemas do Estado eram tratados do ponto de vista dos governantes, ficando a sociedade política até então vista de baixo, e passou a ser tratado do ponto de vista dos governados, ou seja, o foco passou a ser dado aos interesses dos destinatários dos benefícios que justificam a existência da instituição Estado.⁶

Bobbio bem ressalta que, com esta mudança do enfoque no tratamento dos problemas políticos diversos, antes visto do ponto de vista dos governantes (*ex parte principis*) e posteriormente da perspectiva dos governados (*ex parte populi*), na reflexão política, pelo menos a partir da Revolução Francesa, houve uma reviravolta no tocante à ideia de mudança: considerada até então como um mal, começou a adquirir um valor positivo.⁷

Não se pode olvidar que o Estado burguês foi a primeira organização política da história capaz de controlar efetivamente o poder dos governantes, não só em decorrência do princípio da soberania popular, mas principalmente pelos mecanismos da divisão de poderes e da proteção judicial dos direitos individuais.⁸ Outro grande legado da modernidade consiste em ter criado a categoria do direito do gênero humano, a partir de então, a titularidade do direito não é restringida a determinadas pessoas ou grupos privilegiados,

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51-52.

⁶ *Ibid.*, p. 63-65.

⁷ BOBBIO, 2003, p. 63-65.

⁸ COMPARATO, 1989, p. 96.

mas é reconhecida como um atributo básico inerente a todos os homens, por razão do seu nascimento.⁹

Não obstante o espírito de mudança que gerou o Estado de Direito moderno, sabe-se que este foi organizado, precipuamente, para garantir a segurança contra o inimigo externo, a paz civil e os direitos individuais. Assim, o Estado liberal assumiu, desde o seu nascimento, um feitio marcadamente estático e conservador: não se pedia aos poderes públicos, nem deles esperava-se que construíssem uma nova sociedade ou modificassem a já existente, ainda que minimamente. Exigia-lhes, apenas, que protegessem as liberdades individuais e mantivessem a ordem pública.¹⁰

Uma análise dos valores que compuseram o lema revolucionário republicano de 1789 não nos dispensa, portanto, de buscar, por trás de uma aparência sedutora, a compreensão mais profunda de uma realidade histórico-política complexa.¹¹ Com efeito, consoante sustenta Bonavides, “a crítica das ideologias descobriu cedo as insuficiências do Estado liberal, sobretudo suas omissões, numa sociedade que permanecia tão injusta ou mais injusta que a sociedade do passado”.¹² Essa descoberta foi importante para que, ao lado dos direitos individuais, se conhecessem os chamados direitos sociais, não havendo que se falar, a partir dessa nova visão, em impedimentos à ação estatal, mas, pelo contrário, na essencialidade de sua atuação à dignidade humana.¹³

2.1.2 O uso do direito como ideologia: o ideal burguês positivista

Todo sistema político é fundado numa certa visão do mundo, consistente em um conjunto de crenças e valores sociais, que forma a opinião pública dominante. Para a compreensão da lógica interna do sistema, é, pois, indispensável descobrir os princípios ideológicos que o enformam, os quais

⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002, p. 47.

¹⁰ COMPARATO, 1989, p. 93.

¹¹ *Ibid.*, p. 45.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 322.

¹³ COMPARATO, *op. cit.*, p.98.

nem sempre estão expostos no raciocínio legal, mas existem antes como premissas implícitas.¹⁴

É força, aprioristicamente, uma análise do que seja ideologia. Dentre os múltiplos usos do termo, cumpre delinear dois tipos gerais de significado: os significados positivo e negativo de ideologia.

A ideologia, em seu sentido positivo, consiste em uma concepção do mundo, do homem e da sociedade, na medida em que contém elementos ideais que respondem a interesses de um grupo social, em determinado momento histórico. Ela, nesse sentido, orienta a conduta dos homens na sociedade e, de certa forma, legitima a ordem social pela atuação dos grupos interessados que dispõem dos mecanismos de controle social, entre os quais, o direito.¹⁵

Em seu sentido negativo, a ideologia é entendida como falsa consciência das relações de domínio. É a ideologia como ilusão, mistificação, distorção e oposição ao conhecimento verdadeiro. Diz respeito ainda a ideias erradas, incompletas, distorcidas, bem como a dissimulações sobre fatos ou sobre a realidade social.¹⁶ A utilização do sentido negativo de ideologia revela a importância de uma consciência crítica capaz de distinguir o nível das aparências da realidade subjacente que produz as diversas formas ou manifestações reais.¹⁷

A partir de tal reflexão, confirma-se que a relação entre direito e poder é merecedora do mais atento exame. O reconhecimento de uma conexão indissolúvel entre direito e poder é ponto essencial para observar-se que o poder estatal cria o direito e o impõe, ao passo que o direito fundamenta, limita e legitima o poder estatal.¹⁸ A relação direito-poder remete à análise do uso daquele a serviço deste, ou seja, o uso do direito como ideologia pelas forças políticas.

¹⁴ COMPARATO, 1989, p. 84.

¹⁵ COELHO, Luiz Fernando. *Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen*. 1984. Disponível em: <<http://www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>>. Acesso em: 16 abr. 2011, p. 3.

¹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

¹⁷ *Ibid.*, p. 113.

¹⁸ PÉREZ LUÑO, 2002, p.81.

Dentro dessa ideia, convém explorar os meandros da formação e desenvolvimento do Estado moderno no que diz respeito à forte adesão a alguns conceitos advindos da doutrina positivista, decorrente da utilização, pelo poder estabelecido a partir das revoluções burguesas, da Teoria Pura do Direito elaborada por Hans Kelsen.

Essa constatação revela uma manipulação da dita teoria por parte do grupo que alcançou o poder de modo a nele permanecer. De fato, a fim de neutralizar o fantasma do absolutismo, a emergente burguesia utilizou-se da concepção positivista do direito para legitimar as suas ideias.¹⁹

O método juspositivista, que dominou o contexto europeu após a vitória da burguesia revolucionária, foi marcado pelo formalismo jurídico e pelo ideal da neutralidade ideológica do direito. Vale dizer que essa concepção do Estado de Direito denotou um Estado de mera legalidade.²⁰

Nas teorias precedentes ao positivismo jurídico, o poder devia estar sustentado numa justificação ética para poder durar, sendo a legitimidade, portanto, necessária à efetividade. A partir dessa nova vertente jurídica, apenas o poder efetivo é legítimo, ou seja, o direito é apenas o posto pelas autoridades delegadas para este fim pelo próprio ordenamento. Com isso, privilegiam-se não critérios axiológicos, mas o processo real de legitimação num dado contexto histórico.²¹

A pureza, princípio metodológico fundamental do positivismo, exclui do conhecimento rigorosamente jurídico todos os elementos estranhos. Ter-se-ia, então, uma ciência absolutamente neutra, descomprometida com o poder, a religião e a ideologia. Ficavam excluídos da ciência do direito temas como a ética do Estado e do direito, a dimensão axiológica do poder e do controle social, o sentido crítico-social e político da filosofia do direito. A juridicidade seria identificada com a norma abstrata, esquema *a priori* da definição da conduta que deve ser.²²

¹⁹ COELHO, 1984, p.3.

²⁰ PÉREZ LUÑO, op. cit., p.82.

²¹ BOBBIO, 2003, p. 92-93.

²² COELHO, op. cit., p. 11-12.

Para a Teoria Pura do Direito, não importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como ele deve ser feito, posto que se trata da ciência jurídica e não política do direito.²³ Com efeito, o enunciado no qual se defende que a estrutura normativa carrega dentro de si mesma seu princípio legitimador, independentemente de quaisquer conteúdos éticos, foi utilizada como um poderoso instrumento legitimador de qualquer ordem jurídica, ainda que injusta e repugnante.²⁴

Talvez seja esse o aspecto que mais tenha atraído a crítica dos opositores da Teoria Pura do Direito. Sustentam os críticos que o ideal da neutralidade ideológica mostra-se, por si só, contrário à natureza do direito em sua manifestação histórica, o que o revela como o mais seguro indicador de uma ideologia.²⁵ A ideologia do positivismo, erigido como “doutrina oficial de uma burguesia que, na França, era a vitoriosa de uma revolução, na Inglaterra, a aliada de uma nobreza decadente, e, na Alemanha, a protagonista de uma capitulação aos interesses do império”.²⁶

A tentativa da depuração ideológica do direito decorre da natural necessidade de autolegitimação dessa ideologia jurídica subjacente. Ora, naquele momento, quando a ordem burguesa se impunha em virtude de sua revolução, a crítica deveria cessar, pois, caso contrário, “não seria possível a ordem e o progresso no mundo que era o melhor dos mundos, onde reinava a liberdade, a igualdade e a fraternidade”.²⁷

Em suma, a burguesia vencedora de sua revolução, que construía um mundo de acordo com seus ideais de liberdade e igualdade, deveria assegurar a continuidade de sua ordem social e para isso impunha-se a sua legitimação ideológica; e tal como o iluminismo, no século anterior, prestava-se a legitimar os mesmos ideais mediante o reinado da razão, a luz interior que não se subordinaria a nenhuma ordem heterônoma, o positivismo agora o fazia como algo que correspondia ao reinado da ciência e da filosofia positiva. E para isso o espírito reivindicatório e de crítica social do velho iluminismo constituía obstáculo; a crítica racionalista já cumprira seu papel no iluminismo e precisava ser anulada.²⁸

²³ COELHO, 1984, p. 10.

²⁴ *Ibid.*, p. 5.

²⁵ *Ibid.*, p. 2.

²⁶ *Ibid.*, p. 3.

²⁷ *Ibid.*, p. 12-13.

²⁸ *Ibid.*, loc. cit.

Bem ilustra isso a passagem de Bonavides sobre a subsunção da legitimidade à legalidade como uma forma de obstar o questionamento aos valores estabelecidos:

O Estado liberal sempre patrocinou uma compreensão fundamentalmente estática da Constituição, talvez baseada na crença de que a solução do problema da liberdade fora alcançada com as revoluções do liberalismo, não havendo, por conseguinte, razão para se questionar a legitimidade dos valores estabelecidos. Tal concepção foi fruto da eliminação dos pressupostos ideológicos e socioeconômicos, indispensáveis ao entendimento dos próprios conteúdos constitucionais, e se deu mediante a subsunção integral da legitimidade à legalidade.²⁹

Vê-se, com isso, o novo papel que o positivismo reservava à filosofia em substituição ao papel de crítica social do iluminismo. Em outras palavras, se a grande contribuição do racionalismo e do iluminismo fora a filosofia política, consubstanciada nas grandes concepções do Estado e do direito, eis agora o pensamento europeu submerso numa filosofia apolítica, escrava da ciência neutra.³⁰

Substituiu-se o ideal da crítica social iluminista pela neutralidade ideológica, sendo esta o princípio basilar da ciência do direito, marcada pelo tom apolítico e a-histórico, serviu para legitimar o ideal da nova sociedade burguesa, da absoluta alienação do jurista em face da problemática social, econômica e política. A ideologia da Teoria Pura revela, assim, o conformismo positivista com a ordem imanente.³¹

Vale dizer, a partir do exposto nas linhas precedentes, que uma ciência jurídica a-histórica e apolítica é pura ilusão. Esse ideal por si só já é ideológico. Uma avaliação histórico-filosófica impera, sobretudo, na temática a que se propõe o presente tópico de análise: a utilização da Teoria Pura enquanto ideologia legitimadora do poder no contexto da realidade subjacente às revoluções burguesas, realidade do Estado de Direito Clássico.³²

²⁹ BONAVIDES, 2008, p. 331.

³⁰ COELHO, 1984, p. 14.

³¹ *Ibid.*, p. 15.

³² *Ibid.*, p. 5.

É preciso ressaltar, entretanto, que a revelação dos pressupostos ideológicos decorrentes do princípio da neutralidade ideológica não pretende negar ou desmerecer o pensamento kelseniano. Denota, antes, a sua consideração sob um ponto de vista crítico³³. É crucial esclarecer que, embora Hans Kelsen tenha sido um filósofo do direito a serviço do poder, o que ele visava era a absoluta neutralidade científica do direito, revelando as bases do saber jurídico que pudesse ser considerado científico, o que exigia, no seu entendimento, a neutralidade do operador do direito.³⁴

Fato é que o próprio Kelsen, ao fugir do regime nazista que o perseguia por ser judeu, foi constrangido a reconhecer que o direito nazista era válido e legítimo, eis que dimanava da mesma norma fundamental, constituição primeira, hipotética e formal.³⁵ Isso o fez confirmar que a redução do direito ao esquema formal da imputação não era a simples descrição neutra do fenômeno jurídico, mas sua elaboração ideológica, uma vez que serviu a propósitos ideológicos, conforme a realidade do regime nazista lhe demonstrava.³⁶

Há que se reconhecer, assim, que a obra kelseniana não é de maneira nenhuma intencional no sentido de ser uma obra a serviço do nazismo. Há quem suscite essa possibilidade, talvez por desconhecer a origem judaica de Kelsen:

Kelsen por certo não imaginava que suas ideias serviriam como foros de cientificidade à alienação do jurista, cujo papel, naquele momento histórico, era o de afastar-se, enquanto jurista, da problemática social, política e econômica. Imperava o ater-se ao cumprimento da lei, ainda que injusta, posto que válida e legítima. E é evidente que, quanto menos gente imiscuir-se na discussão dos aspectos éticos do exercício do poder, tanto melhor para os seus detentores.³⁷

Feita essa ressalva quanto à obra de Hans Kelsen, cumpre analisar a interpretação que dela fez o saber jurídico acumulado. Ver-se-á que tais interpretações podem gerar mitos no seio do universo jurídico-político, o que será abordado a seguir.

³³ COELHO, 1984, p.16.

³⁴ *Ibid.*, p. 6.

³⁵ *Ibid.*, p. 5.

³⁶ *Ibid.*, p. 9.

³⁷ *Ibid.*, p. 6.

2.1.3 Os mitos dogmáticos no universo jurídico

A análise do uso do direito com fins ideológicos revela que o monopólio jurídico do Estado Moderno mantém determinados mitos dogmáticos que desempenham importantes funções ideológicas, tais como a supremacia e a sabedoria da lei, a harmonização das relações sociais, a neutralidade e a objetividade da ciência jurídica e a completude do ordenamento legal.³⁸

Nas atividades cotidianas - teóricas, práticas e acadêmicas, os juristas encontram-se fortemente influenciados por muitas representações, imagens, preconceitos, crenças, ficções, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. Nessa seara, surgem os mitos, que são uma forma específica de manifestação do ideológico no plano do discurso, sendo assim, um processo construtor de imagens fundadas num modelo de discurso idealmente construído.³⁹

Os mitos podem consistir em categorias viciadas pela falta de historicidade que forçam uma acumulação natural de significações. Os diferentes discursos do saber jurídico podem ser assumidos como um mito de consolidação dos valores normativos e sociais predominantes. Daí também a possibilidade de pensar-se o mito como uma técnica de controle social.⁴⁰

O mito simplifica as complexidades, universaliza o contingente, neutraliza as valorações e idealiza a história. Organiza-se, com isso, um mundo sem contradição porque o dado novo é aceito na medida em que se reconhece o universo das crenças já aceitas.⁴¹ Ademais, o mito retira das coisas sua dimensão real e humana, esvaziando o real da sua história. Por intermédio do mito pretende-se que o receptor visualize sempre uma situação de normalidade decorrente da natureza das coisas. Politiza-se, roubando o caráter político de toda fala sobre o mundo.⁴²

³⁸ WOLKMER, 2003, p. 177.

³⁹ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei. Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 13.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 108.

⁴¹ *Ibid.*, p. 111.

⁴² *Ibid.*, loc. cit..

Não se pode perder de vista que os fatos extranormativos, históricos são determinantes nos âmbitos significativos do direito. No sentido oposto, toda cristalização de uma imagem pura e transcendente que não permita resolver o existente a partir de um projeto autônomo de crítica às estruturas do comportamento individual e social também é um mito.⁴³

Essa esteira de análise exige a compreensão do sentido da expressão “senso comum teórico dos juristas”: um sistema de conhecimentos que organiza os dados da realidade pretendendo assegurar a reprodução dos valores e práticas dominantes.⁴⁴ O senso comum teórico se erige num código dominante dos significados jurídicos, cumprindo, assim, diversos papéis: prescritivo, já que pode ser visto como parte do próprio direito positivo, político, decisório e, inclusive, retórico.⁴⁵

Neste contexto, os construtores das significações jurídicas, tais como os encarregados de aplicar as leis, os produtores das teorias jurídicas e os professores das escolas de direito, forjam uma realidade imaginária, colocada na perspectiva do senso comum, que faz prevalecer como naturais. Uma realidade imaginária que poderá ser considerada mítica.⁴⁶

Convém trazer a lume que a Teoria Pura do Direito exerceu, e continua a exercer, forte influência sobre a cultura jurídica dominante. Dentre as ideias mais significativas do positivismo jurídico, conforme visto, merecem destaque os princípios da pureza metodológica e da neutralidade ideológica.⁴⁷

O princípio da pureza metodológica do pensamento kelseniano foi absorvido pelo senso comum teórico dos juristas e acabou por fundar uma teoria jurídica apolítica e descompromissada, legitimadora da ordem jurídica. Para Warat, ao se acreditar na existência de um conhecimento neutro

⁴³ WARAT, 1994, p. 106.

⁴⁴ Id. O senso comum teórico dos juristas. In: _____. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 20.

⁴⁵ Ibid., p. 24.

⁴⁶ Id. *O direito e sua linguagem*. 2. ed aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995b. p. 120.

⁴⁷ Id. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983, p.124.

se está tacitamente afirmando a impossibilidade de um questionamento e construindo um lugar retórico importante. Isso demonstra a necessidade de um estudo das funções políticas e sociais do direito positivo, com o questionamento do princípio da pureza metódica, que induz à separação do direito da sua função na sociedade.⁴⁸

A partir dessa realidade, surgiram alternativas de superação das insuficiências do postulado da pureza metódica, considerado o seu alcance ideológico. Pode-se aqui destacar o princípio da “heteronímia significativa”, que reivindica a incorporação dos fatores excluídos pelo princípio da pureza metodológica como condições necessariamente presentes na fórmula de significação para as normas jurídicas e evidencia, ao mesmo tempo, o caráter institucional, social, político e ideológico da produção dos sentidos jurídicos, para os quais concorre uma pluralidade de centros produtores.⁴⁹

Reconhece-se, assim, que os processos de produção dos sentidos das normas jurídicas envolvem conexões que se apoiam no senso comum teórico dos juristas e também nas condições materiais da vida social.⁵⁰

No tocante à neutralidade ideológica, destaca-se a dicção de Perez Luño, que, ao falar do despotismo legal, que consiste na utilização de categorias jurídicas e políticas revertidas de força legitimadora com o objetivo de fazer valer interesses ideológicos, traz na sua análise os ensinamentos da teoria do *labeling approach*, fruto da doutrina norte-americana.⁵¹

Para essa vertente de pensamento, o direito positivado, bem como a sua aplicação, decorre de um processo de atribuição por parte daqueles que detêm o poder para tanto. Assim, a juridicidade ou antijuridicidade, a licitude ou ilicitude, a validade ou invalidade dos atos jurídicos oscilam conforme o processo de etiquetamento levado a cabo por determinadas instâncias de controle social ou estatal.⁵²

⁴⁸ WARAT, 1983, p. 122.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 120.

⁵⁰ *Ibid.*, loc. cit..

⁵¹ PÉREZ LUÑO, 2002, p.88-89.

⁵² *Ibid.*, p. 60.

Essa tese mostra-se mais adequada para demonstrar que as mudanças na linguagem normativa ou nas categorias da linguagem dos juristas⁵³ podem obedecer a mudanças políticas, sociais ou culturais, bem como podem ser produto de preferências casuais ou arbitrárias, sendo que, neste caso, muitas vezes são indevidamente contornadas.⁵⁴

É necessário ressaltar a importância das análises do direito para o entendimento sobre a tentativa do modelo positivista em produzir uma linguagem semântica e sintaticamente purificada.⁵⁵ Com efeito, o avanço das concepções jusfilosóficas positivistas revela o caráter tópico-retórico do discurso e do raciocínio jurídicos. A interpretação feita pelo saber jurídico acumulado sobre a obra de Kelsen gerou a imagem de uma ciência jurídica alheia às funções da lei na sociedade, sobretudo em função do apego aos conceitos de pureza metodológico e neutralidade ideológica do intérprete.

Convém destacar que uma estrutura reflete sempre um mundo que, se for reiterativo, não deixa lugar para que se pense que outras estruturas possam mostrá-lo de forma diferente. Por outro lado, a reiteração contribui para definir a estrutura e as mensagens as quais ela se presta.⁵⁶

Essa realidade revela a necessidade de uma análise da relação entre as enunciações jurídicas e as práticas políticas e ideológicas da sociedade. Cabe, assim, uma tarefa de desmistificação, de denúncia do valor persuasivo dos discursos do direito.⁵⁷

Passagem de Bobbio revela a importância do exercício da crítica racional como meio de revelação das ideologias. Isso se mostra inarredável ao papel do operador do direito, sobretudo em matérias de importância vital para a sociedade.

⁵³ O presente trabalho não pretende abordar pormenorizadamente as teorias sobre a linguagem. Para maior compreensão a respeito das linguagens jurídicas e do poder do discurso jurídico, cf. WARAT, 1995b.

⁵⁴ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 60.

⁵⁵ WARAT, op. cit., p. 99.

⁵⁶ Id., 1994, p. 109.

⁵⁷ Id., 1995b, p. 100.

A partir do reconhecimento de que a ideologia é, via de regra, inconsciente, tem-se que uma das tarefas da atual filosofia, bem como das ciências sociais em geral, é revelá-la, torná-la consciente, a fim de que se possa construir uma instância crítica, voltada para o homem e para a sociedade.⁵⁸

Nesse tocante, importa ressaltar a exigência de interdisciplinaridade dos estudos jurídicos, que decorre daquela imanente ao social e ao político, como bem salienta Coelho:

Por ora, pode-se procurar extrair alguns corolários desse enfoque da objetividade, como sejam, a exigência de *interdisciplinaridade* dos estudos jurídicos, em função mesmo da interdisciplinaridade do social e do político, e o sentido de *participação* do jurista, seja qual for o plano em que se o encare, como profissional ou jurisconsulto, por exemplo, na construção do direito, isto é, a participação do jurista no fenômeno que estuda, descreve e cria; daí a emergência de novas lógicas — um dos temas mais palpitantes da atual filosofia jurídica — que extravasam de muito a lógica analítica do direito, de que Hans Kelsen foi um dos fundadores. Daí também o comprometimento do jurista em face da ordem social, política e econômica, eis que o jurista não pode e não deve abster-se de suas responsabilidades históricas.⁵⁹ (grifo no original)

Nesse sentido se deu o caminhar da história político-jurídica ocidental que, insatisfeita com as insuficiências do Estado de Direito Clássico, fez emergir o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais.

2.2 O Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais

2.2.1 O embrião do Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais

Não obstante às virtudes advindas do Estado de Direito Clássico, uma análise cuidadosa das deficiências desse modelo deve ser levada a efeito. Estas foram verificadas no decorrer da história, sobretudo a partir das lutas que desembocaram nas bases do constitucionalismo contemporâneo. A normatividade dos direitos fundamentais e o conseqüente império de sua concretização provocaram a derrocada do ideal positivista do século XIX, que gerava a mera igualdade formal perante a lei.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 4.

⁵⁹ COELHO, 1984, p. 17.

Conforme se verá nas linhas seguintes, para fazer frente ao formalismo estático que ocasionou esse estado de mera igualdade formal entre os indivíduos, tem-se o reconhecimento da dimensão diacrônica do direito⁶⁰, voltada para a efetiva concretização dos direitos fundamentais e marcada pela busca por uma igualdade material. Para tanto, impera a superação do ideal da neutralidade ideológica do direito, da radical separação entre o “ser” e o “dever-ser”, bem como a subsunção da legitimidade à legalidade.⁶¹

A separação entre o ser e o dever-ser não permitia uma adequada compreensão do fundamento real e histórico das normas e instituições, o que possibilitou a formação de uma sociedade cujo sistema político e jurídico refletia uma mera igualdade formal.⁶² Em crítica ao formalismo jurídico próprio da doutrina positivista clássica, Luño já revela como alternativa os preceitos do Estado Constitucional:

El método positivista próprio del Estado de derecho, en aras de un marcado formalismo jurídico, expulso de la teoría del Estado a la política y a la ética por ser “acientíficas”. Frente a la concepción del Estado de derecho como Estado de mera legalidad formal, el Estado Constitucional reclama una actitud metódica capaz de “coordinar aspectos que sin ella quedarían inconexos: la comprensión profundizada de las instituciones jurídicas estatales y sus fundamentos de legitimidad”.^{63 64}

Necessário novamente trazer a lume a impossibilidade de separação entre direito e política. Essa constatação foi demonstrada, sobretudo, pela emergência do marxismo e das grandes correntes do pensamento sociológico. Tais vertentes de pensamento provocaram a derrocada de

⁶⁰ A diacronia diz respeito ao caráter dos fenômenos ou fatos estudados do ponto de vista da sua evolução no tempo, ao contrário da sincronia, que está ligada à consideração de um conjunto de fatos ou fenômenos num dado período. Aquela denota um caráter dinâmico; esta, um caráter estático. DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Dicionário*. Lisboa, 2011. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=diacronia>>. Acesso em: 15 set. 2011.

⁶¹ PÉREZ LUÑO, 2002, p.88.

⁶² *Ibid.*, p. 82.

⁶³ *Ibid.*, loc. cit..

⁶⁴ “O método positivista próprio do Estado de direito, marcado pelo formalismo jurídico, expulsa da teoria do Estado a política e a ética por serem “acientíficas”. Confrontado com a concepção do Estado de direito como Estado de mera legalidade formal, o Estado Constitucional requer uma abordagem metódica capaz de “coordenar aspectos que sem ele restariam desconectados da compreensão profunda das instituições jurídicas estatais e seus fundamentos de legitimidade”.

postulados tradicionais sobre os quais se edificava o que poderia ser entendido como ciência política e ciência do direito.⁶⁵

A teoria do constitucionalismo foi elaborada na Europa Ocidental às vésperas de uma grande mutação de técnicas e valores engendrada pela Revolução Industrial, da qual emergiram as revoluções do século XIX que deram vazão à concepção social do Estado. Quando os paradigmas da Constituição dos Estados Unidos e da primeira Constituição francesa assentaram as bases no novo direito público, surgiam já os primeiros sintomas de transformação radical da vida em sociedade.⁶⁶

Os socialismos diversos pregavam que era tecnicamente possível e eticamente exigível a implementação de mudanças que coadunassem com o grande ideal de igualdade de todos os homens em todos os planos. Faltava apenas completar essa evolução com a transformação correspondente das instituições jurídicas: urgia, em grande parcela da sociedade, o clamor pela superação da igualdade abstrata e formal que o direito oferecia por meio do ideal positivista de liberdade.⁶⁷

A transformação do Estado contemporâneo acarretou a mudança do eixo central das atividades estatais. Os objetivos ou resultados a serem alcançados pelas políticas do Estado passaram a se impor, doravante, como normas obrigatórias, ao próprio governo, pois a finalidade do Estado já não só consistia na conservação preconizada por Locke, Montesquieu e Rousseau, mas na transformação da sociedade.⁶⁸

Não é demais lembrar que, a partir da Constituição Mexicana de 1917, reconheceu-se, ao lado das liberdades individuais proclamadas no movimento de independência nos Estados Unidos e das declarações revolucionárias francesas do século XVIII, o dever jurídico de se garantir a

⁶⁵ COELHO, 1984, p. 8.

⁶⁶ COMPARATO, 2010, p. 148.

⁶⁷ *Ibid.*, loc. cit..

⁶⁸ *Id.*, 1989, p. 151.

todos condições econômicas e sociais de uma vida digna, ao que está ligado o conceito material de Constituição.⁶⁹

Na discussão entre os conceitos de Constituição formal e material, segundo Bonavides, as decepções com aquela fizeram a crítica descobrir a força desta. A Constituição formal é entendida como a dos textos e das folhas de papel. A concepção material, por seu turno, encontra-se assentada sobre o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais que estruturam a nação. Dotada de dinâmica própria, a Constituição material molda as instituições e guia a sociedade para determinados fins, só captáveis à luz de investigações sociológicas profundas.⁷⁰

A insurgência do proletariado frente aos ideais do liberalismo mostrou que já não bastava o “Estado de Direito”, mas fazia-se necessário o “Estado Social de Direito”. Isso porque se constatou a fragilidade dos direitos liberais quando o homem, a favor do qual proclamam liberdades, ainda não satisfaz necessidades primárias tais como alimentação, vestimenta, moradia ou condições dignas de saúde.⁷¹

Embora nessa fase de reação tenha-se privilegiado a afirmação dos direitos sociais em menosprezo das liberdades clássicas, não se podem desconsiderar as virtudes destas. Justifica-se tal postura pelo momento histórico, no qual se pretendia libertar o homem da opressão econômica mediante a negativa da ideologia burguesa, assim como a burguesia o fez quando da luta para libertação do absolutismo.⁷²

A força normativa da Constituição ganhou evidência, sobretudo, após os horrores cometidos nas duas grandes guerras, sem que tenha havido violação às leis vigentes à época. A partir da valorização dos princípios e da sua incorporação nos textos constitucionais, criou-se um ambiente de reaproximação entre Direito e Ética, com a presença de valores jurídicos

⁶⁹ COMPARATO, 1989, p. 16.

⁷⁰ BONAVIDES, 2008, p. 321.

⁷¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e cidadania*. São Paulo: Uniletras, 2004, p. 48.

⁷² COMPARATO, op. cit., p. 151.

suprapositivos, ambiente “no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”.⁷³

Nesse contexto, como alternativa ao Estado de Direito Clássico, se delinea o novo Estado Constitucional. Enquanto aquele se baseia em alicerces de inspiração individualista e burguesa, este é profundamente marcado por preocupações distintas. Estas se voltam especialmente para a concepção de justiça, uma vez que a liberdade já havia sido adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais. A justiça, como anseio e valor social superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção, positividade e concreção. Com isso, o binômio justiça/liberdade torna-se o pedestal do Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais.⁷⁴

2.2.2 O Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais

Em meados da década de 70 do século XX, alguns constitucionalistas alemães, dentre eles Peter Häberle, trataram mais acuradamente das terminologias Estado de Direito e Estado Constitucional, embora esta já tivesse sido utilizada no século XIX.⁷⁵

A fórmula “Estado Constitucional” consubstancia uma expressão das transformações atuais dos ordenamentos jurídicos dos sistemas democráticos e foi concebida para dar conta dos novos rumos do constitucionalismo. É considerada, assim, uma alternativa ao Estado de Direito Clássico e a mais adequada à sociedade contemporânea, tida como aberta e pluralista.⁷⁶

Häberle, um dos grandes teóricos do Estado Constitucional, entende este como um arquétipo jurídico-político em que os poderes públicos encontram-se formados e limitados pelo direito por meio de princípios constitucionais formais e materiais. Trata-se de uma forma de Estado em que existe uma legitimação democrática e um controle pluralista do poder

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. 2004. P. 5. *Revista Buscalegis [on-line]*. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/31274/30571>>. Acesso em: 18 set. 2010.

⁷⁴ BONAVIDES, 2010, p. 46.

⁷⁵ PÉREZ LUÑO, 2002, p. 58.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 59.

político e também dos poderes sociais. Para o teórico, é o tipo ideal de Estado próprio da sociedade aberta.⁷⁷

No tocante ao conceito de sociedade aberta, este decorre da ampliação do raio de interpretação normativa, assim, graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. Com isso, a interpretação jurídica apenas traduz a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles.⁷⁸

A fim de fazer frente ao formalismo caracterizador do Estado de Direito Clássico, Häberle sustenta que no Estado Constitucional, a Constituição não se resume a um conjunto de normas. Ela é também expressão e reflexo do estado de desenvolvimento cultural de um determinado povo, o fundamento de suas aspirações e projetos futuros. Trata-se da dimensão cultural das constituições, entendidas como algo vivo, em uma realidade formada em grande parte pelos intérpretes da Constituição da sociedade aberta:

Las Constituciones son aspectos básicos de la expresión y transmisión de la cultura y, por tanto, son vehículos idóneos para la reproducción y recepción de experiencias culturales y soluciones jurídico-políticas. De ahí, la importancia que Häberle atribuye a los preámbulos y a los símbolos constitucionales en cuanto señas de identidad y elementos definitorios de la sociedad abierta sobre la que se construye todo Estado Constitucional.^{79 80}

A Constituição real, dessa maneira, é condicionante da Constituição formal. Dentro do seu contexto está um poder constituinte material ou real, mais eficaz, mais político e social, embora menos jurídico, que não está

⁷⁷ PÉREZ LUÑO, 2002, p. 82-83.

⁷⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 42-43.

⁷⁹ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 83.

⁸⁰ “As constituições são aspectos básicos da expressão e transmissão da cultura e, portanto, são veículos ideais para a reprodução e a recepção de experiências culturais e soluções jurídico-políticas. Por isso, a importância que Häberle atribui aos preâmbulos e aos símbolos constitucionais como sinais de identidade e elementos definidores da sociedade aberta que é construído em um Estado Constitucional.”

nos parlamentos, senão na sociedade mesma. Nessa seara, encontra-se o poder difuso ao qual se refere Bobbio⁸¹, que, segundo Bonavides⁸², se radica nas forças mais atuantes e poderosas da sociedade, onde se escreve a Constituição aberta com a normatividade dos fatos.

Fala-se em crise do Estado, a qual está relacionada à crescente complexidade e à consequente ingovernabilidade das sociedades complexas. Essa crise deve-se, em grande medida, ao fenômeno do poder difuso, cada vez mais difícil de ser reconduzido à unidade decisional que caracterizou o Estado do seu nascimento até os dias atuais. Entretanto, não há que se falar em fim do Estado, mas na existência de um novo “contrato social” para dar vida a uma nova forma de Estado, “nem capitalista ou Estado de injustiça, nem socialista ou Estado de não-liberdade”⁸³.

De fato, a história de ampliação de direitos revela a cada vez mais crescente necessidade de participação dos cidadãos, o que é considerado um novo contrato social, ou um pacto constitucional. A nova realidade, advinda na terceira geração de direitos, revela a exigência de um consenso básico entre os cidadãos e os poderes públicos sobre os assuntos fundamentais para definir o sistema constitucional.⁸⁴ Para Bonavides, já se pode vislumbrar uma quarta geração de direitos fundamentais, com a qual se vê uma terceira modalidade de Estado Constitucional: o Estado Constitucional da Democracia Participativa.⁸⁵

A ideia de participação popular nas funções públicas é uma superação da velha dicotomia Estado – sociedade civil, típica da filosofia política do século XIX e uma herança do constitucionalismo clássico. Volta-se, de certa maneira, ao sentido de liberdade política dos antigos, uma vez que se reconhece que a verdadeira liberdade consiste, efetivamente, na participação nos mecanismos de poder. Mas a novidade é que essa participação não se limita a setores mais privilegiados do tecido social, mas abarca todas as áreas de poder.⁸⁶

⁸¹ BOBBIO, 2003, p. 126.

⁸² BONAVIDES, 2008, p. 323.

⁸³ BOBBIO, op. cit., p. 126.

⁸⁴ PÉREZ LUÑO, 2002, p. 98.

⁸⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 51.

⁸⁶ COMPARATO, 1989, p. 126.

Importa registrar as teses a favor de existência de dois conceitos de liberdade, uma dentro da perspectiva do Estado de Direito Clássico, e outra no contexto do Estado democrático no Estado Constitucional. Na primeira concepção, a liberdade é vista no sentido negativo, ou seja, uma liberdade de defesa ou distanciamento perante o Estado. Trata-se do anseio liberal por uma liberdade que “curve” o poder. No âmbito do Estado Constitucional, ter-se-ia a liberdade dentro de um aspecto positivo, isto é, aquela assentada no exercício democrático do poder, de modo a legitimá-lo. No questionamento sobre a existência dos “dois corações políticos”, quais sejam, a vontade do povo e o *rule of law*, Canotilho destaca a importância de racionalizar este “balanceamento do coração”.⁸⁷

Embora existam autores mais radicais que postulem pela oposição entre o Estado de Direito Clássico e o Estado Constitucional, a tese majoritária defende um nexo de continuidade entre primeiro e o segundo, ou seja, o Estado Constitucional reflete uma trajetória evolutiva do Estado de Direito Clássico, culmina o processo de desenvolvimento deste. Desse modo, entende-se que o “Estado constitucional de direito” não anula, mas aperfeiçoa o “Estado legal de direito”.⁸⁸

2.2.3 O direito sob a perspectiva diacrônica

O Estado Constitucional parte do pressuposto de que o direito se desenvolve dialeticamente na medida em que são percebidos defeitos no direito existente. Assim, em aberta oposição ao fundamento universalista, abstrato e a-histórico do Estado de Direito Clássico, o Estado Constitucional concebe um processo inacabado que se manifesta na história.⁸⁹

O direito e sua ciência, como todo conhecimento e a própria vida humana, estão sujeitos a um contínuo esforço, a um trabalho constante de adaptação, transformação e reintegração.⁹⁰ Dessa maneira, os princípios do

⁸⁷ CANOTILHO, 2003, p.99.

⁸⁸ PÉREZ LUÑO, 2002, p. 93-94.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 80.

⁹⁰ DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte, MG: Líder, 2005, p. 47.

direito, implícitos na natureza humana como vocação ideal, se afirmaram e ainda se afirmam historicamente.⁹¹

O direito acompanha sempre, e necessariamente, o ascender do espírito, como a sua decadência, nas suas manifestações sociais. Todas as aspirações, todas as concepções, todas as paixões humanas enquanto dotadas de certa consistência histórica, traduziram-se na forma do direito.⁹² Ao se considerar que a matéria regulada pelo direito corresponde à vida humana, chega-se à conclusão de que os modos de vida e, portanto, as modalidades do direito, são infinitas.⁹³

Bobbio sustenta que, para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica por natureza, restando o caráter estático para o despotismo, que é sempre igual a si mesmo.⁹⁴

Nesse sentido, tem-se que a história dos direitos humanos pode ser tida a um só tempo como paradigma e como progresso constante. A concepção geracional dos direitos humanos, os conhecidos direitos de primeira, segunda e terceira gerações, implica reconhecer que o catálogo das liberdades nunca será uma obra fechada e acabada. As novas gerações integram as anteriores, posto que as completam e corrigem seus erros. Assim, uma sociedade livre e democrática deve sempre mostrar-se sensível e aberta à aparição de novas necessidades que fundamentem novos direitos.⁹⁵

Isso pode ser especialmente verificado por meio da análise das gerações de direitos, o que revela que o modelo de Estado decorre da realidade política e cultural sobre a qual este se edifica. É preciso ter em conta que as distintas formas de Estado de Direito – liberal, social ou constitucional (em seu novo significado) –, não são somente resultado de elaborações doutrinárias, tampouco de meras transformações operadas nos

⁹¹ DEL VECCHIO, 2005, p. 42.

⁹² *Ibid.*, p. 19.

⁹³ *Ibid.*, p. 18.

⁹⁴ BOBBIO, 2002, p.19.

⁹⁵ PÉREZ LUÑO, 2002, p. 96.

textos normativos, mas, antes, são uma resposta histórica a determinados problemas e demandas da sociedade política.⁹⁶

Essa dimensão diacrônica dos sistemas normativos constitui um estímulo à pregação do caráter plural e aberto das normas. Nessa esteira, cabe registrar as palavras de Luño:

Es cierto que en Estado Constitucional el pluralismo y la apertura de fuentes formales y materiales del derecho há erosionado la concepción cerrada y estática de la primacía de la ley propia del Estado de derecho decimonónico, y que la primacía de la Constitución no puede concebirse como la mera reproducción de esas mismas notas.^{97 98}

A partir da perspectiva do Estado Constitucional, Häberle propõe uma revalorização dos princípios como fonte do direito, em alternativa à redução de todo o direito à lei. Trata-se, portanto, de uma concepção que, em aberta polémica aos postulados básicos do positivismo jurídico, encontra-se baseada em princípios que podem transcender o direito positivo.⁹⁹

Com efeito, as regras, e suas aplicações mediante subsunção, embora essenciais para a aplicação do direito, já não se mostravam suficientes para solucionar alguns temas complexos. A partir dessa constatação, garantiu-se crescente força aos princípios constitucionais como forma de superar as limitações da interpretação jurídica convencional.¹⁰⁰

Reconhece-se, assim, uma virtude manifesta dos princípios: são, a um só tempo, estabilizadores e transformadores do sistema. Este, graças aos princípios, evolui e acomoda as situações sociais e constitucionais problemáticas ou imprevisíveis, cujas crises são absorvidas ou solvidas sem a necessidade de reformas traumáticas ou revolucionárias.¹⁰¹

⁹⁶ PÉREZ LUÑO, 2002, p. 97.

⁹⁷ *Ibid.* p. 91.

⁹⁸ “É verdade que no Estado Constitucional o pluralismo e a abertura de fontes formais e materiais do direito corroeu a concepção fechada e estática da primazia da lei própria do Estado de direito do século XIX, e que a primazia da Constituição não pode ser concebida como a mera reprodução dessas mesmas ideias.”

⁹⁹ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁰ BARROSO, 2004, p. 5.

¹⁰¹ BONAVIDES, 2008, p. 58.

Um constitucionalismo de normas designadas como principiológicas tem o condão de levar a efeito um Estado Constitucional da Democracia Participativa. É aquele Estado onde se busca efetivar, em proveito da cidadania/povo e da cidadania/nação, concretamente dimensionadas, os direitos da justiça. Isso porque parte-se da premissa de que os mais altos princípios radicam na vontade do povo e da nação, sendo tal vontade, uma vez traduzida na Constituição, a fonte de legitimidade dos governos. A soberania do Estado, aqui, não seria outra senão “a soberania da Constituição, a forma mais avançada, ilustrativa, fiel e legítima da vontade popular expressa na Lei das Leis”.¹⁰²

Assim, o edifício político, no curso da evolução histórica, deve se tornar constantemente mais funcional e adequado à satisfação das cambiantes necessidades humanas. Para tanto, a política não basta, mas a construção institucional do poder, sendo que a sua principal técnica é a ciência jurídica. Trata-se, aqui, de adaptar a estrutura do Estado herdada do constitucionalismo clássico às novas exigências de ação pública suscitadas pelas sociedades contemporâneas.¹⁰³

Dessa maneira, em lugar das certezas modernas, um outro quadro se instaura, indícios e características da mudança paradigmática, acentuando-se a importância da revitalização de valores perdidos durante a modernidade como modo de aquietação de diversas questões candentes no plano da justiça social.¹⁰⁴

Vera de Andrade defende a necessidade de ser superada a visão da existência de categorias jurídicas estáticas, pelo reconhecimento de que se trata de processos sociais dinâmicos que trazem em seu bojo uma dimensão fundamentalmente política, sendo necessário, portanto, analisá-los historicamente.¹⁰⁵ Nem os direitos nem as obrigações juridicamente estabelecidos são dados definitivos, mas construções históricas dinâmicas.

¹⁰² BONAVIDES, 2008, p. 51; 53.

¹⁰³ COMPARATO, 1989, p. 122.

¹⁰⁴ BITTAR, Eduardo C. B.. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 178.

¹⁰⁵ DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 47.

Trata-se de movimentos que reconhecem ampliações ou restrições históricas, de maior ou menor amplitude.¹⁰⁶

Merece aqui ser retomada a demonstração histórico-filosófica do uso do direito como ideologia, o que aniquila o ideal oitocentista da neutralidade ideológica do direito e põe em relevo a necessidade de controle do poder pelo poder, o que inclui a vigilância do discurso jurídico e das suas funções político-ideológicas.

O império desse controle fica ainda mais delineado a partir do ideal da democracia participativa reavivada no contexto do Estado Constitucional contemporâneo. Destaca-se, assim, a importância da participação popular, que, conforme historicamente demonstrada, acaba por influenciar o universo jurídico-político e, consoante será demonstrado, contribuir para o desenvolvimento da democracia.

3 A democracia e a participação popular

3.1 Democracia participativa

A democracia nos tempos atuais está intimamente relacionada ao princípio da mais larga participação social. Bobbio, em sua “definição mínima de democracia”, defende que regime democrático deve ser entendido primariamente como um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, no qual está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados.¹⁰⁷

As relações entre a organização política e a sociedade, ou as diversas finalidades que o poder político organizado perseguia nas diversas épocas históricas e nas diversas sociedades, são determinantes moldes da formação do sistema político.¹⁰⁸

¹⁰⁶ DE ANDRADE, 1993, p. 50.

¹⁰⁷ BOBBIO, 2002, p. 22.

¹⁰⁸ Id., 2003, p. 113.

A história político-jurídica das sociedades, notadamente as ditas ocidentais, revela um trilhar em direção à democracia participativa. Passadas as fases do Estado, primeiramente liberal, depois social e por fim social-democrático, e o reconhecimento da primazia e concretude dos direitos fundamentais, verifica-se uma forte tendência a uma sociedade cada vez mais participativa, com cidadãos atuantes frente às decisões da nação. Essa realidade participativa é consequência das conquistas angariadas no decorrer do tempo, da crescente complexidade da sociedade pluralista.

É que, uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política encontra-se incluída numa esfera muito mais ampla, a que diz respeito à sociedade em seu conjunto. Dessa maneira, não há que se falar em decisão política que não esteja condicionada ou até mesmo determinada pelo que acontece na sociedade civil.¹⁰⁹

Para melhor compreender o crescimento da participação social nas decisões políticas, é necessária uma análise acerca das relações entre a sociedade civil e o Estado. Bobbio conceitua sociedade civil como o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos que as instituições estatais têm o dever de resolver. Compõem a sociedade civil os grupos, movimentos, associações, organizações de classe etc. A sociedade civil ocupa o espaço reservado à formação das demandas que se dirigem ao sistema político e às quais este tem o dever de responder.¹¹⁰

Em sua análise histórica acerca da relação entre sociedade civil e Estado, Bobbio destaca que a visão oriunda da sociedade burguesa revela uma contraposição entre sociedade e Estado ao estabelecer a diferença entre os que cuidam da riqueza das nações e os que cuidam das instituições políticas, consubstanciando um processo de emancipação da sociedade em relação ao Estado.¹¹¹

¹⁰⁹ BOBBIO, 2003, p. 156.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 35-36.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 33; 51.

Comparato reforça que sobre essa dicotomia fundou-se a aliança histórica do capitalismo com o Estado Liberal:

Nessa concepção dicotômica o povo é reduzido a uma massa de indivíduos, cada qual dividido numa dupla posição, de homem, enquanto componente da sociedade civil, e de cidadão, isto é, membro da sociedade política. Ambas as funções denotam a passividade do indivíduo: no primeiro caso verifica-se a sua impotência perante o poder econômico; no segundo, a impotência no exercício da parcela individual da soberania popular que teoricamente lhe cabe.¹¹²

Bobbio lembra que, na realidade decorrente do Estado de direito como Estado social, questionou-se a necessidade dessa distinção sociedade/Estado. A partir daí, delineou-se uma reapropriação da sociedade pelo Estado, decorrente, sobretudo, da invasão estatal no âmbito das regulações econômicas. Paralelamente a esse processo de “estatalização da sociedade”, ocorreu uma “socialização do Estado”. Esta advém do desenvolvimento de diversas formas de participação política, do crescimento das organizações de massa que exercem direta ou indiretamente algum poder político. A expressão “Estado social”, assim, segundo Bobbio, envolve um duplo sentido: o Estado permeou a sociedade, mas também foi permeado por ela.¹¹³

Um olhar atento sobre a ideia da contraposição entre sociedade e Estado revela que ambos estão longe de se concluírem, sendo necessário reconhecer que essa convivência dialética existe e é necessária ao fortalecimento da democracia. Para que a efetiva participação da sociedade ganhasse força com vistas à concretização dos valores máximos da nação, foi necessária a superação da dicotomia Estado-sociedade civil preconizada no Estado de direito clássico oitocentista.

A partir da análise prévia sobre democracia participativa, passa-se a uma avaliação a respeito do elemento “povo” dentro dessa nova realidade trazida pelas sociedades contemporâneas. Povo, nesse cenário da sociedade aberta, é tido como uma grandeza pluralística: pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades –

¹¹² COMPARATO, 2010, p. 554.

¹¹³ BOBBIO, 2003, p. 33; 51.

decisivamente influenciadoras da formação de opiniões, vontades, correntes ou sensibilidades políticas.¹¹⁴ Dessa maneira, conforme sustenta Häberle, uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a organização política da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos, mas integrá-las ativamente como sujeito de direitos.¹¹⁵

Canotilho, na mesma esteira, defende a superação à visão restritiva do que venha a ser o povo:

[...] povo não é apenas a facção revolucionária capaz de levar a revolução até o fim como pensavam os jacobinos. Tão pouco é o conjunto de cidadãos proprietários como pretendiam os liberais defensores do sufrágio censitário. Povo não é também a “classe do proletariado”, ou seja, a classe autoproclamada em maioria revolucionária dotada da missão histórica de transformação da sociedade numa sociedade de classes. O povo concebe-se em povo em sentido político, isto é, grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política. Afasta-se, assim, um conceito naturalista, étnico ou rácico de povo caracterizado por origem, língua e/ou cultura comum.

O conceito de povo político não se reconduz à ideia de povo ativo no sentido de minorias ativistas autoproclamadas em representantes do povo e agindo por “consentimento tácito” deste (concepção “realista” de povo). O povo plural também não se identifica como o “corpo eleitoral” ou o “povo participante nos sufrágios” tal como é definido pelas leis (designadamente leis eleitorais) e pela constituição. Este conceito acabado de referir – conceito normativo de povo – parte da ideia de que “o povo não pode decidir sobre ‘coisas políticas’ enquanto não se disser juridicamente quem é povo”. O povo seria, assim, heterodefinido, por uma norma jurídica ou por uma decisão exterior a ele mesmo. Confunde-se, deste modo, o povo com os “titulares” de direito de sufrágio ou com “eleitores”, sendo certo que na grandeza pluralística de povo cabem outros elementos individuais não enquadráveis no povo eleitor. [...] Em conclusão: só o povo real – concebido como comunidade aberta de sujeitos constituintes que entre si “contratualizam”, “pactum” e consentem o modo de governo da cidade –, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social.¹¹⁶

Assim, a participação implica a realização mais concreta da soberania popular. O povo não é soberano apenas periodicamente,

¹¹⁴ CANOTILHO, 2003, p. 75.

¹¹⁵ HÄBERLE, 1997, p. 33.

¹¹⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 75-76.

quando os cidadãos se deslocam para manifestar o seu voto, mas também quando atuam efetivamente enquanto verdadeira instância decisória. O povo, com isso, passa da concepção abstrata e metafísica reveladora de puro simbolismo a uma instância concreta e material das supremas decisões coletivas da nação. Mostra-se como ente político organizado e autodeterminativo.¹¹⁷

No mesmo sentido, Comparato explica que a vontade geral de Rousseau, que constitui a “expressão verdadeira do querer coletivo”, não é obtida por cômputo numérico, quantidade de votos, mas à sua qualidade, ou seja, decorre da homogeneidade de conteúdo ou objeto das diversas manifestações de vontade.¹¹⁸

Corroborando a ideia de que a atuação do povo deve ir além do exercício do voto à assertiva de que o próprio processo de escolha dos candidatos pelos partidos nem sempre é o mais criterioso. Apesar da liberdade de escolha, as opções oferecidas à população, grande parte das vezes, não são satisfatórias.¹¹⁹

Essa constatação remete às palavras de Pedro Demo:

O homem político é aquele que tem consciência histórica. Sabe dos problemas e busca soluções. Não aceita ser objeto e quer comandar seu próprio destino. É ator, não expectador; criativo, não produto. É aquele que se organiza para preservar seus direitos e institui as regras do jogo para retirar a selvageria do poder.¹²⁰

Sustenta ainda Pedro Demo que, do lado diametralmente oposto, está a sociedade politicamente pobre, aquela sociedade debilmente organizada, que não passa de massa de manobra e que, por isso, não consegue construir representatividade legítima satisfatória em seus processos eleitorais. É conduzida por líderes excessivamente carismáticos ou

¹¹⁷ BONAVIDES, 2010, p. 57.

¹¹⁸ COMPARATO, 1989, p. 65.

¹¹⁹ RESENDE, Ênio J. *Cidadania: o remédio para as doenças culturais brasileiras*. São Paulo: Summus, 1992, p. 28.

¹²⁰ DEMO, Pedro. *Pobreza política: Polêmicas de nosso tempo*. São Paulo: Ed. Autores Associados, 1996, p. 17-18.

centralizadores. É evitada de serviço público marcado pela burocratização, pelo privilégio e pela corrupção.¹²¹

É politicamente pobre o cidadão que reclama, mas não se organiza para reagir, não se associa para reivindicar, não se congrega para influir. O traço mais profundo da pobreza política de um povo é a falta de organização da sociedade civil. A organização política consubstancia o primeiro canal de participação, por meio do qual a sociedade organizada constitui-se como povo consciente e capaz de conquistar espaço próprio.¹²²

A ideia de participação do povo no exercício das funções tradicionalmente deferidas pelo Estado denota uma transformação da soberania popular de assentimento passivo a verdadeiro poder criador e transformador. Funda-se no princípio de que o *público*, no sentido romano de *comum*, não pode ser objeto de apropriação nem mesmo pelos titulares do poder político.¹²³

Vê-se então caracterizado o ingresso das massas no drama político como sendo o advento do “homem situado”, do homem concreto, em oposição às abstrações do século XVIII. Há que se considerar, ainda, a formação de uma personalidade coletiva, distinta, embora inseparável, das personalidades individuais. A sua manutenção constitui uma condição indispensável ao equilíbrio social.¹²⁴

Há um discurso de que o homem-massa é despido de espírito crítico, pronto a agitar-se sem pensar. Não se pode, contudo, generalizar tal discurso, embora se reconheça que a massa pode ser objeto de grandes manipulações.¹²⁵

Um notável exemplo de participação qualitativa da sociedade civil organizada, no contexto brasileiro, se viu no caso da “Campanha Ficha

¹²¹ DEMO, 1996, p. 22-23.

¹²² *Ibid.*, p. 24-25.

¹²³ COMPARATO, 1989, p. 133.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 186.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 187.

Limpa”, cujas mobilizações foram encabeçadas pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), o qual é composto por diversas e renomadas entidades associativas espalhadas por todo o país que militam em prol da ética na política, da transparência e do combate à corrupção.¹²⁶

3.2 Novos ares trazidos pela Constituição Federal de 1988

Conforme visto no capítulo precedente, a passagem do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos direitos fundamentais levou à derrocada do direito estático e consolidou o chamado direito dinâmico, aquele que busca dar respostas efetivas à complexidade da sociedade contemporânea, aberta e pluralista.

Ficou evidenciada, também, a importância da participação da sociedade nos processos de amadurecimento do direito. O alargamento dessa participação nos processos jurídicos e políticos, e o efetivo exercício da cidadania contribuem para o aperfeiçoamento do regime democrático, para uma aproximação da igualdade material e para a realização da justiça. Com efeito, viu-se que a história da cidadania é, de certa forma, a própria história dos direitos humanos: a história das lutas para a afirmação de valores éticos como a igualdade, a dignidade humana, a liberdade, a democracia, a justiça.¹²⁷

Canotilho lembra que, para entender o Direito Constitucional, é preciso, antes, atentar aos problemas jurídico-políticos aos quais o movimento constitucional procura dar resposta.¹²⁸ Isso demonstra a necessidade do estudo a partir de uma perspectiva diacrônica, haja vista que a Lei Fundamental de um país é antes de tudo uma carta política, na qual são postos os mais relevantes interesses da sociedade.

A Constituição Brasileira de 1988 foi elaborada e promulgada num período de grande discussão, entre os filósofos políticos, filósofos do direito e constitucionalistas, sobre qual seria a estrutura normativa mais adequada

¹²⁶ Cf. <<http://www.mcce.org.br/>>.

¹²⁷ HERKENHOFF, 2004, p. 35.

¹²⁸ CANOTILHO, 2003, p. 51.

ao ideal de uma sociedade justa no mundo contemporâneo. Constatada a inequívoca necessidade de promoção da igualdade material, foi chamada para o centro das discussões a recuperação da ética, da dignidade humana, bem como das questões de justiça distributiva e do bem comum.¹²⁹

O atual constitucionalismo brasileiro foi fortemente influenciado por autores norte-americanos, alemães, portugueses e espanhóis. Uma parcela significativa dos constitucionalistas brasileiros, contrária à cultura positivista e privatista, participou ativamente do processo constituinte brasileiro nos anos 1980. Trata-se dos constitucionalistas “comunitários”, que procuraram contribuir com a elaboração de uma Constituição adequada à conformação de uma sociedade justa no país.¹³⁰

A partir do debate sobre as relações entre ética, direito e política, a luta contra o positivismo buscou dar um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira. A essa discussão está ligada a dicotomia da lógica liberal da liberdade diante da lógica democrática da igualdade.¹³¹

O constitucionalismo comunitário veio para denunciar o perfil do pensamento jurídico brasileiro, marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Percebia-se uma cultura jurídica que privilegiava a tutela dos direitos civis e políticos, em detrimento da implantação dos direitos econômicos e sociais. Havia no modelo em voga, ademais, a defesa de uma concepção menos participativa do que representativa da democracia.¹³²

Fazendo frente à cultura jurídica positivista e privatista fortemente presente no país, tais representantes do pensamento constitucional buscavam a efetividade do amplo sistema de direitos assegurados pela nova Constituição. O constitucionalismo comunitário, em clara recusa ao constitucionalismo liberal, que é marcado pela defesa do individualismo

¹²⁹ FARIA, José Eduardo. In: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 21 do prefácio.

¹³⁰ CITTADINO, op. cit., p. 3.

¹³¹ *Ibid.*, p. 4-5.

¹³² *Ibid.*, p. 14.

racional, confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humanas.¹³³

A partir de tal construção, vê-se da letra do Texto Constitucional de 1988, que caracteriza o Estado Brasileiro como um Estado democrático de direito, e os fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre os quais se destaca, aqui, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, entra ainda a concepção de constituição-dirigente trazida pelo novo ordenamento constitucional brasileiro, na medida em que define fins e programa de ação futura.¹³⁴ Essa característica é especialmente delineada no art. 3º da Constituição, que traz os objetivos a serem alcançados no país: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O texto constitucional corrobora a ideia de que a visão clássica de instituições de poder público neutro, num contexto social estático, já não se mostra adequada à nova realidade social. Se o Estado antes era um executor das questões administrativas do cotidiano, hoje ele planeja e implementa políticas a longo prazo com vista ao desenvolvimento do país e à realização da dignidade humana.¹³⁵

A intensa participação dos mais diversos setores organizados da sociedade civil no processo constituinte foi determinante para a incorporação, no texto constitucional, do amplo sistema de direitos nela assegurados.¹³⁶ Isso foi crucial para os avanços trazidos pela nova Carta, no tocante ao reforço dos direitos sociais e às medidas de participação popular no exercício do poder.¹³⁷

¹³³ CITTADINO, 2000, p. 14-15.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 15.

¹³⁵ COMPARATO, 1989, p. 109.

¹³⁶ CITTADINO, *op. cit.*, p. 43.

¹³⁷ COMPARATO, *op. cit.*, p. 51.

A partir da Constituição de 1988, adota-se um regime de democracia participativa, seja pela via representativa, ou pela participação direta do cidadão. A ideia de participação vem mais ligada à participação coletiva organizada que à participação individual. Privilegia-se, com isso, a participação direta da cidadania na formação dos atos de governo por meio dos institutos da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo.¹³⁸

Além disso, a Constituição Cidadã trouxe uma série de institutos que possibilitam a determinados intérpretes informais da constituição a capacidade de deflagrar processos de controle, especialmente judiciais, tais como mandado de segurança coletivo, ação popular, mandados de injunção ou ação de inconstitucionalidade por omissão, sendo estes dois últimos “formas de superar a distância entre o sistema de direitos assegurados pela Constituição e a realidade existente”.¹³⁹

O objetivo da inserção de tais institutos foi justamente o de impedir que o texto constitucional viesse a padecer de uma espécie de “inoperância crônica”, já verificada em Cartas anteriores. Para tanto, houve a necessidade de criar mecanismos para fazer frente às omissões do poder público, notadamente a inércia dos poderes Legislativo e Executivo, a fim de se ter efetivado o sistema de direitos constitucionais.¹⁴⁰

Para o constitucionalismo “comunitário”, portanto, o processo de concretização da constituição, enquanto efetividade do seu sistema de direitos fundamentais, depende da capacidade de controle, por parte da comunidade, das omissões do poder público. E são os institutos processuais destinados a controlar diretamente essas omissões que viabilizam a participação jurídico-política, garantindo o valor da dignidade da pessoa humana.¹⁴¹

A partir dessas inovações, vê-se concretizada a ideia de Constituição aberta e de abertura constitucional, haja vista que os cidadãos e as associações têm legitimidade constitucional para deflagrar processos judiciais perante juízes ou tribunais, especialmente para tornar efetivas

¹³⁸ CITTADINO, 2000, p. 47-48.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 48-49.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 50-51.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 21.

as normas constitucionais protetoras dos direitos sociais fundamentais, combatendo, com isso, as omissões dos poderes públicos.¹⁴²

[...] não há outra forma de viabilizar esta participação jurídico-política senão através da criação, pelo próprio ordenamento constitucional, de uma série de instrumentos processuais-procedimentais que, utilizados pelo círculo de intérpretes da constituição, possa vir a garantir a efetividade dos direitos fundamentais.¹⁴³

A Constituição brasileira de 1988, nos dizeres de Bonavides, é a primeira do país provida do mais alto teor e grau axiológico de normatividade. Enquanto carta marcadamente principiológica, consubstancia um grande exemplo do novo direito constitucional contemporâneo, baseando-se na juridicidade dos princípios e direitos fundamentais. Dessa maneira, tais princípios e direitos deixam de ser meras normas programáticas, como costumava acontecer no constitucionalismo precedente, marcado pela igualdade formal e não material perante as normas.¹⁴⁴

Do ponto de vista teórico, no domínio da positividade formal, nenhuma Constituição brasileira foi tão longe em matéria de liberdade, igualdade e justiça. A nova realidade da teoria constitucional contemporânea traz a lume, para além da evolução do texto constitucional, a necessidade da eficácia da Constituição real em sua qualidade positiva de ambiência pluralista e aberta. A Constituição, assim, somente será uma força ativa, um texto de eficácia normativa, um alicerce jurídico de mudança e reforma se tiver fundamento democrático, se unir forma ao conteúdo, o ser ao dever-ser, para documentar e exprimir então os sentimentos nacionais mais profundos.¹⁴⁵

3.3 Participação democrática do povo brasileiro

O Brasil teve um espírito democrático reconhecido fortemente na Constituição Federal de 1988, que trouxe mecanismos de democracia

¹⁴² CITTADINO, 2000, p. 59-60.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 19-20.

¹⁴⁴ BONAVIDES, 2010, p. 67.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 68; 326; 329.

direta - plebiscito, referendo e iniciativa popular, a fim de conviver com a democracia representativa.¹⁴⁶ O parágrafo único do artigo 1º do Texto Magno deixa inequivocamente clara essa coexistência:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A junção de elementos democráticos representativos e diretos denota o sentido de uma evolução democratizante do sistema, que melhor condiz com o advento da democracia participativa, traço marcante do novo Estado Constitucional.¹⁴⁷

É preciso ter em conta que as conquistas angariadas na Constituição Federal de 1988 são reflexos das lutas que antecederam o momento constituinte, decorrentes do crescimento da participação social nos assuntos mais relevantes do país.¹⁴⁸

Destaca-se a luta do povo pela volta do Estado de Direito, pela redemocratização do país após amargo período de regime ditatorial. Viam-se lutas de inúmeros segmentos sociais que reclamavam pela anistia ampla, geral e irrestrita; pela convocação de uma Assembleia Constituinte livre e democrática, com participação popular; por eleições diretas para presidente da República. Esse momento histórico de redemocratização contribuiu decididamente para que crescesse, na consciência nacional, o sentido de cidadania.¹⁴⁹

Esse espírito proporcionou uma forte participação popular no debate e na feitura da Constituição de 1988. Permitiu-se a iniciativa das chamadas “emendas populares”, oriundas dos mais expressivos canais de representação da sociedade civil. Sobretudo por meio delas, o povo organizado teve peso decisivo na nova Carta Política.¹⁵⁰

¹⁴⁶ CITTADINO, 2000, p. 47.

¹⁴⁷ BONAVIDES, 2010, p. 68.

¹⁴⁸ HERKENHOFF, 2004, p. 115.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 115-116; 146.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 134.

Essa participação foi de extrema importância, sobretudo em virtude da predominância das classes conservadoras que formavam o parlamento na época. Mediante a pressão popular, a ala conservadora, mesmo sendo majoritária, foi obrigada a ceder em inúmeras questões. Caminhava-se na construção de um texto que privilegiasse o crescimento da cidadania, a superação das injustiças sociais e a construção de um país melhor.¹⁵¹

Outro momento de grande mobilização no âmbito da sociedade brasileira ocorreu em 1992 e precedeu o *impeachment* do então presidente da República que havia sido eleito diretamente pelo povo.¹⁵²

Para o crescente e efetivo controle por parte da sociedade civil organizada, têm sido determinantes os veículos de comunicação. A democratização dos meios de comunicação de massa, sustenta Comparato, representa a condição *sine qua non* do efetivo exercício da soberania popular.¹⁵³ Sustenta essa ideia com os dizeres de James Madison de que “um governo popular sem informação popular é um prólogo à farsa, à tragédia, ou a ambas as coisas”.^{154 155}

Contribuem decisivamente para esse clima participativo as inovações tecnológicas, sobretudo a internet. A essa influência tecnológica Luño dá o nome de “teledemocracia” ou “avanços teledemocráticos”.¹⁵⁶ Dentro da temática deste trabalho, cabe salientar a existência de inúmeros exemplos de sítios de internet a serviço do controle do exercício do poder pela sociedade brasileira, tais como:

- <http://www.transparencia.org.br/>
- <http://congressoemfoco.uol.com.br/>

¹⁵¹ HERKENHOFF, 2004, p. 140.

¹⁵² *Ibid.*, p. 125-126.

¹⁵³ COMPARATO, 2010, p. 556.

¹⁵⁴ COMPARATO, *loc. cit.*

¹⁵⁵ James Madison foi o quarto Presidente dos Estados Unidos, entre 1809 e 1817, tendo proferido a conhecida frase em um debate constitucional naquele país. (Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/James_Madison> Acesso em: 13 out. 2011)

¹⁵⁶ PÉREZ LUÑO, 2002 p. 99.

- <http://www.mcce.org.br/>
- <http://www.fichalimpa.org.br/>
- <http://www.excelencias.org.br/>

Essa realidade remete à passagem de Bobbio a respeito da sociedade americana (novo Estado no novo mundo, a democracia representativa norte-americana), marcada pela tendência que seus membros tinham de se associarem com o objetivo de promover o bem público.¹⁵⁷

Uma das consequências da ampliação no exercício da cidadania é o crescimento da mobilização social no sentido de propor projetos de lei perante o parlamento. Essa participação não implica abolição da democracia representativa. Consubstancia, a partir da coexistência de ambas, um reforço democrático do Estado constitucional, a partir da complementaridade daí decorrente. Isso revela, ao fim e ao cabo, um reforço ao “clima participativo democrático do Estado constitucional”, com o conseqüente fortalecimento deste.¹⁵⁸

Essa ampliação da base democrática do poder é de elementar importância, sobretudo quando da presença da crise de legitimidade por que passam as instituições representativas no sistema constitucional vigente.¹⁵⁹ Também corrobora essa ideia a erosão do ordenamento jurídico, decorrente de causas históricas, ideológicas, sociais, econômicas e políticas.¹⁶⁰

Desde que a Constituição de 1988 conferiu aos eleitores o direito de apresentar projetos de lei de iniciativa popular, em quatro oportunidades, o Congresso converteu em lei uma proposta apresentada pela sociedade. Dentro do presente trabalho, importa pôr em relevo o projeto relativo à tipificação da compra de votos, do qual resultou a Lei 9.840, de 28 de setembro de 1999, considerada o grande marco da mobilização popular contra a corrupção eleitoral no país. Mais recentemente, houve a aprovação

¹⁵⁷ BOBBIO, 2003, p. 152.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 98-99.

¹⁵⁹ BONAVIDES, 2010, p. 68.

¹⁶⁰ BITTAR, 2005, p. 227.

do projeto Ficha Limpa, que deu origem à Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 – Lei da Ficha Limpa, que tratou das hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade para exercício do mandato.¹⁶¹

A primeira legislação, quase 12 anos depois de implementada, tem sido constantemente aplicada pela Justiça Eleitoral nos casos de políticos que cometem fraude eleitoral, o que tem possibilitado um sistema eleitoral mais ético. A Lei da Ficha Limpa trouxe a inelegibilidade do candidato que tenha condenação por órgão colegiado, mesmo que não tenha incidido o trânsito em julgado da decisão.¹⁶²

O clima participativo exposto nas linhas precedentes demonstra a evolução da democracia brasileira por meio do concreto exercício da cidadania. Merece destaque aqui o fato de que, nos últimos anos, a sociedade brasileira tem deixado bem claro o seu anseio por ética na política. Tem exigido dos seus representantes o simples cumprimento do dever que lhes cabe, de tal modo que se tenha uma efetiva e constante busca pela concretização dos objetivos fundamentais consignados na Carta da República.

Tal exigência fica especialmente demonstrada a partir da constante presença, nos mais diversos meios de comunicação, da insatisfação gerada pelos escândalos observados no Brasil. Veem-se manifestações da sociedade em clara repulsa à corrupção e às suas consequências, tais como as marchas realizadas nos dias 7 de setembro e 12 de outubro de 2011.

Merece destaque a atuação do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), rede composta por diversas organizações não governamentais que encabeçou as mobilizações precursoras da Lei 9.840, de 1999, conhecida como a Lei de Combate à Corrupção Eleitoral, e da Lei Complementar 135, de 2010, a Lei da Ficha Limpa.

¹⁶¹ G1 O PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. Eleições 2010. Brasília, 2010. Disponível em: < <http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/05/ficha-limpa-e-o-quarto-projeto-de-iniciativa-popular-setornar-lei.html>>. Acesso em: 19 ago. 2011.

¹⁶² Ibid.

O MCCE está trabalhando atualmente em torno de um novo projeto de iniciativa popular que abarca uma reforma política de maior amplitude. Dentre as propostas do referido projeto, estão: criação de temas nacionais para convocação obrigatória de plebiscitos ou referendos - tais como aumento dos salários e benefícios dos parlamentares, ministros de Estado, presidente da República e dos ministros do Supremo Tribunal Federal; simplificação do processo da iniciativa popular e ampliação de matérias que tais iniciativas podem tratar; precedência de votação no Legislativo dos projetos de iniciativa popular; reforma do sistema eleitoral.¹⁶³

Quanto a este último, reforma do sistema eleitoral, há, por exemplo, proposta para acabar com a imunidade parlamentar, a não ser exclusivamente no direito de opinião e denúncia; fim do 14º e 15º salários para os parlamentares; recesso parlamentar de um mês, como os demais trabalhadores; fim do foro privilegiado, exceto nos casos em que a apuração refere-se ao estrito exercício do mandato ou do cargo.¹⁶⁴

Defende-se, ainda, o financiamento democrático do processo eleitoral, o que é fundamental para combater a privatização e a mercantilização da política, a corrupção eleitoral, o poder dos grupos econômicos nos processos eleitorais e favorecer a participação política de segmentos socialmente excluídos, como mulheres, afrodescendentes, indígenas, LGBT e jovens, entre tantos outros, no acesso à representação política.¹⁶⁵

A proposta de reforma postula uma maior transparência ao prever, por exemplo, a obrigatoriedade de divulgação na internet de todos os pagamentos efetuados pelos candidatos/partidos de forma detalhada, discriminando valor, data, hora, cidade, Unidade de Federação, CNPJ/CPF, nome/razão social do recebedor, finalidade, valor, nome do responsável pela autorização do gasto e pelo pagamento, recebimento do bem ou serviço.¹⁶⁶

¹⁶³ MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *Reforma Política*: texto da proposta. Brasília, 2011. Disponível em: <http://mcce.org.br/sites/default/files/Proposta_Reforma_Politica.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2011.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid.

Iniciativas dessa monta decorrem do crescente descrédito em relação ao comportamento, não raro distante do interesse público, de parlamentares e chefes do Poder Executivo. Em virtude disso, cresce na sociedade civil organizada a demanda pela introdução de instrumentos que possam coibir práticas tidas como escusas, bem como que possibilitem uma maior transparência na atuação dos representantes.¹⁶⁷

4 A participação popular no combate à corrupção

4.1 Corrupção: entrave à concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil¹⁶⁸

4.1.1 O dever-ser da representação política

A fim de fazer valer os ventos democráticos e de promoção da igualdade material erigidos pela Constituição Cidadã, se faz imprescindível uma adequada atuação dos candidatos eleitos para representar seu povo. Essa constatação leva necessariamente a um cotejo entre o que se espera desses representantes, o que eles de fato oferecem e as consequências dessa atuação, seja para o cumprimento dos fins a que se propõe o Estado, seja para o fortalecimento da democracia do país.

O paradigma da democracia representativa veio demonstrar que a única forma não autocrática de governo possível num Estado de largas dimensões geográficas era o governo por representação. Dentro desse contexto, o parlamento veio com a função básica de servir de foro para o exercício da soberania popular por parte dos seus legítimos representantes.¹⁶⁹

Na visão de Locke, o poder político é inerente ao ser humano, no estado de natureza. O ser humano transfere esse poder à sociedade

¹⁶⁷ MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *Reforma Política – texto da proposta*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://mce.org.br/sites/default/files/Proposta_Reforma_Politica.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2011.

¹⁶⁸ Os objetivos fundamentais estão previstos no art. 3º da Constituição Federal de 1988. A esse respeito, cf. p. 59 do presente trabalho.

¹⁶⁹ BOBBIO, 2003, p. 98; 99; 150.

política que o exerce por meio de dirigentes escolhidos. Esse exercício deve permanecer vinculado ao ser humano, origem e sede do poder delegado. Em consequência dessa delegação, o poder deve ser exercido para bem do corpo político.¹⁷⁰

Sendo o mandato uma delegação de poderes, pertence, em última instância, a quem o concede. Em uma democracia representativa, por definição, o mandato pertence aos cidadãos que, a cada eleição, podem reafirmá-lo ou revogá-lo. Presume-se, assim, que os mandatários correspondam às aspirações dos eleitores e lhes prestem contas.¹⁷¹

Dessa maneira, não pode haver dissociação entre a origem e a finalidade do poder político. Para os antigos, tal dissociação praticamente não se punha, uma vez que o detentor da soberania a exercia ele próprio. A partir do momento em que se mostrou necessária a escolha de alguns para exercerem o poder em nome de todos, ou seja, a instituição do sistema representativo como inevitável para o funcionamento do Estado moderno, houve uma maior necessidade de se verificar a correlação entre o que se espera do representante e o que é efetivamente realizado por ele.¹⁷²

Maria Hermínia, ao citar o pensador e político inglês Edmund Burke em seu famoso *Discurso aos eleitores de Bristol*, de 1774,¹⁷³ lembra que, ao elege um representante por seu distrito, os eleitores estão escolhendo um parlamentar que não deve abrir mão da sua “opinião imparcial, de seu juízo maduro e da sua consciência ilustrada”. Por trás dessa concepção, está a premissa de que a eleição é um procedimento de escolha dos melhores entre todos, que receberão um mandato aberto para decidir entre alternativas políticas de acordo com sua consciência e seu discernimento.¹⁷⁴

¹⁷⁰ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. SP: Ibrasa, 1963 *apud* HERKENHOFF, 2004, p. 43.

¹⁷¹ DE ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares. Pertencimento do Mandato. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 180.

¹⁷² COMPARATO, 1989, p. 74.

¹⁷³ Para ver na íntegra o discurso de Edmund Burke, cf. MESQUITA JÚNIOR, Geraldo. Os filósofos da política: iluminismo, a filosofia da ilustração. Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/senadores/senador/geraldomesquita/Textos/cursos/Univ_Filosofos%20.pdf>. Acesso em: 11 out. 2011, p. 61-62.

¹⁷⁴ DE ALMEIDA, op. cit., p. 180-182.

No mesmo sentido, o pensamento de James Madison, um dos autores de *Os artigos federalistas*, de 1787, defende que o mecanismo da delegação do governo a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos demais permite que “as opiniões do povo” sejam “filtradas por uma assembleia seleta de cidadãos, cuja sabedoria pode melhor discernir o verdadeiro interesse de seu país e cujo patriotismo e amor à justiça serão menos propensos a sacrificá-lo a considerações temporárias e parciais”. O mandato como autorização ampla seria, assim, a condição da deliberação política livre das injunções de interesses particulares e do espírito de facção.¹⁷⁵

A respeito do exercício do múnus público por parte dos representantes eleitos, lembra Bonavides:

As formas de governo são muito importantes, mas muito mais importantes são, na realidade, em qualquer sistema ou regime, a competência, o comportamento, a lealdade, a devoção, a ética do homem público, a par do civismo, da participação, da democratização, da ilustração política, da liberdade, da justiça reinante nas esferas sociais – fatores que imprimem fé nos governados e legitimidade nos governantes. Sem isso não se concretizam direitos fundamentais, nem auferem estabilidade as Constituições e os governos.¹⁷⁶

Observa-se, assim, que a essência do sistema representativo consiste em que os eleitos devem atuar em nome dos interesses dos representados, ou seja, em nome do interesse público. Em que pese essa premissa, atuações apartadas podem ser vistas, o que deve ser observado atentamente a fim de que sejam tomadas providências inibidoras e repressoras de atos escusos, tais como os de corrupção.

4.1.2 A atuação dos representantes e a tendência a abusos

Paulo Freire sustenta que em qualquer prática de que o homem participe, não importa de quê, deve exercê-la com responsabilidade. Para ele, ser responsável implica, de um lado, o cumprimento de deveres, e de outro, o exercício de direitos.¹⁷⁷

¹⁷⁵ MADISON J.; HAMILTON A.; JAY, J. *Os artigos federalistas* – 1787 - 1788. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987, p. 137. *Apud* DE ALMEIDA, 2006, p. 181.

¹⁷⁶ BONAVIDES, 2008, p. 46.

¹⁷⁷ FREIRE, Paulo. *Política e educação*. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 44. Coleção Questões de Nossa Época, n. 23

Em realística contraposição a esse ideal, Bobbio destaca a máxima segundo a qual quem detém o poder tende a dele abusar. Conclui, a partir dessa constatação, que o modo democrático de limitação do poder constitui um dos fortes argumentos a favor da democracia. Sustenta Bobbio que “não pode o povo abusar do poder contra si mesmo, ou seja, sendo o legislador e o destinatário da lei a mesma pessoa, o primeiro não pode prevaricar sobre o segundo.”¹⁷⁸

A degeneração de caráter de muitos dos que ascendem à gestão do interesse público revela a degradação dos padrões ético-jurídicos. A democracia, com isso, tende a ser deturpada por agentes que pretendem se perpetuar no poder.¹⁷⁹ De fato, o Brasil apresenta sérios obstáculos que colaboram para ser o dogma democrático, em grande parte das vezes, uma ficção. Embora a Constituição estabeleça que todo o poder emana do povo, nunca faltaram governantes atuando como simples representantes verbais desse ente soberano.¹⁸⁰

Essa realidade é, a cada dia, referendada pelos escândalos de corrupção vistos no país. Veem-se, não raro, casos de deturpação do poder outorgado por lei ao agente público, em troca de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, delegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma.¹⁸¹

A corrupção, assim, se apresenta como um meio de degradação do interesse público em prol da satisfação do interesse privado. O particular muitas vezes aceita a prática corrupta para a satisfação mais célere ou menos custosa do seu interesse privado, ainda que o interesse público acabe por ser prejudicado. Essa ausência de consciência coletiva, com a correlata supremacia do interesse privado sobre o público, é, igualmente, um poderoso elemento de estímulo à corrupção.¹⁸²

¹⁷⁸ BOBBIO, 2003, p. 146.

¹⁷⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.

¹⁸⁰ BONAVIDES, 2010, p. 314.

¹⁸¹ GARCIA, op. cit., p. 7.

¹⁸² *Ibid.*, p. 23.

Muitas vezes o dinheiro público é consumido com atos de motivação fútil e imoral, finalidade dissociada do interesse público e em total afronta à razoabilidade administrativa, havendo flagrante desproporção entre o numerário despendido e o benefício auferido pela coletividade. O administrador, tal qual mandatário, ignora muitas vezes o fato de não ser senhor dos bens que administra, cabendo-lhe, tão somente, praticar os atos de gestão que beneficiem o verdadeiro titular: o povo.¹⁸³

Merecem aqui especial destaque os desvios comportamentais daqueles que ascenderam ao poder via mandato eletivo. Muitas vezes esses desvios são meros desdobramentos de alianças que precederam a própria investidura do agente. Com isso, os benefícios auferidos pelo agente, que antecederam o próprio exercício da função pública, acarretarão reflexos na atividade finalística a ser por eles posteriormente desempenhada.¹⁸⁴

Nessa senda, cumpre lembrar que o êxito nas eleições é, sobretudo, reflexo do poder econômico. É incontestável que eventual imoralidade detectada no financiamento de campanha permite projetar, com reduzidas perspectivas de erro, o comportamento a ser adotado pelo futuro agente público. Daí se veem, por exemplo, indicações para preenchimento de cargos em comissão, contratações de obras e serviços com burla à Lei de Licitações ou liberação de verbas destinadas a projetos de interesse dos financiadores.¹⁸⁵

Destacam-se ainda os casos de produção normativa direcionada a interesses menos nobres, ou seja, a atividade legislativa voltada a interesse de grupos específicos em detrimento do bem-estar da coletividade. Ademais, não raro são vistas manobras ou omissões por parte das casas legislativas no sentido de delinear leis punitivas de modo a inviabilizar a apuração e a punição dos atos de corrupção anteriormente praticados. Busca-se, em última análise, assegurar a reduzida operatividade dos organismos de controle e desarticular o sistema punitivo.¹⁸⁶

¹⁸³ GARCIA, 2010, p. 3.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 10; 25.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p.11.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 12.

O espírito de fisiologismo (troca de favores) e do nepotismo (emprego e vantagens para parentes e amigos) está fortemente arraigado na classe política. Um grande exemplo disso é a ineficiência e o desperdício gerado pela nomeação de correligionários e amigos para cargos de direção e gerência dos órgãos públicos, quando deveriam fazê-lo com base em critérios como qualificação e competência.¹⁸⁷

A corrupção tem suas raízes entranhadas na própria colonização do Brasil. O sistema colonial português foi erguido sobre os pilares de uma monarquia absolutista, fazendo com que monarca e administradores se mantivessem unidos por elos eminentemente pessoais e paternalistas. Tinham por objetivo comum o lucro desenfreado por meio do esfacelamento das riquezas da colônia, sem qualquer comprometimento com ideais éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos. Remonta a esta época a concepção de que a coisa pública é coisa de ninguém e que sua única utilidade é satisfazer aos interesses da classe que ascendeu ao poder.¹⁸⁸

A máxima do tesoureiro de D. João VI, Bento Maria Targini, que passou de barão a visconde, bem ilustra essa destituição de valores éticos verificada mais fortemente a partir da chegada da família real ao Brasil: “quem furta pouco é ladrão / quem furta muito é barão / quem mais furta e esconde passa de barão a visconde”.¹⁸⁹

Rui Barbosa já criticava o “partidismo” que se fazia presente no Império, considerando-o como uma traição aos sentimentos da coletividade. A indignação de Barbosa devia-se à cobiça dos blocos partidários presentes no parlamento, os quais disputavam as benevolências imperiais. Isso os convertia em blocos de “mordomias áulicas”, o que implicava descrédito de ambos perante a nação. Para esse jurista,

[...] os partidos que se formam por amizades, por conveniências inconscientes, por influxo de nomes, dependências e combinações

¹⁸⁷ RESENDE, 1992, p. 54.

¹⁸⁸ GARCIA, 2010, p.4.

¹⁸⁹ *Ibid.*, loc. cit..

individuais não têm razão política de existir, são sindicatos de especulação organizada que destroem a moral pública, e corrompem as instituições.¹⁹⁰

Os condutores da vida partidária do Império eram homens afeiçoados à mesma pequenez que corrompe grande parte da classe política da atualidade. Embora o culto aos interesses materiais, por contingência da época, fossem menores que os vistos na atualidade, nos dois momentos se vê em considerável parte dos representantes do povo a busca pela satisfação momentânea dos próprios interesses.¹⁹¹

Com isso, uma depreciação extrema paira o parlamento, identificado como uma “casa de privilégios e apadrinhamentos”. Ademais, verifica-se uma deficiente qualidade política de grande parte dos partidos e dos representantes. Essa realidade acaba por gerar um distanciamento entre representantes e representados.¹⁹²

Bobbio revela que o contraste entre a quantidade e qualidade das demandas da sociedade civil e a capacidade de resposta adequada e tempestiva das instituições influencia a governabilidade das sociedades complexas, o que acaba por repercutir na legitimidade, podendo gerar uma crise desta.¹⁹³

Os escândalos de corrupção presenciados no país por certo evidenciam a presença do regime de privilégio e personalismo visto desde o império, tanto denunciado por Rui Barbosa. Os intoleráveis índices de corrupção verificados em todas as searas do poder são, dessa maneira, desdobramentos de práticas que remontam a séculos, desde a colonização até os longos períodos ditatoriais pelos quais passou o Brasil.¹⁹⁴

Ao defender a superioridade da democracia, Bonavides ressalta que alguns fatores dificultam a instauração de uma ordem democrática firme, definitiva e estável: ausência de educação política; insuficiência e excesso

¹⁹⁰ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. t. 1, 1889, p. 224 *apud* BONAVIDES, 2010, p. 204-206.

¹⁹¹ BONAVIDES, loc. cit.

¹⁹² COMPARATO, 1989, p. 54.

¹⁹³ BOBBIO, 2002, p. 36.

¹⁹⁴ GARCIA, 2010, p.8.

de exclusões em termos de cidadania; procedimento mesquinho de uma classe política sem grandeza e espírito público. No tocante a este último fator, mesquinhez da classe política, dá destaque ao fato de a imunidade parlamentar, “que é a mais alta e majestosa salvaguarda de independência da palavra e o mais intangível penhor das prerrogativas de que se investe o representante da nação soberana”, ser constantemente transformada em escudo da impunidade, “servindo assim o mandatário de valhacouto a quantos se segregaram do bem comum para ações contrárias ao direito e aos interesses da sociedade”.¹⁹⁵

Agindo como grupo privado, vários atores políticos se comportam como se a vitória nas eleições significasse a posse da totalidade dos poderes do Estado. A confusão entre a esfera do governo e os domínios do Estado conduz à crença de que a soberania popular, origem das leis em uma democracia, é apenas uma referência ideal, sem correspondência na realidade.¹⁹⁶

O afastamento de representantes do dever que lhes cabe, de legislar ou governar em nome do povo e para o povo, causa sérios impactos para a sociedade, revelando, assim, os custos sociais da corrupção.

4.1.3 Os custos sociais da corrupção

A corrupção está intrinsecamente ligada ao comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais. A corrupção, assim, gera um elevado custo social.¹⁹⁷

Comparato aborda o preceito internacional que, baseado na unidade essencial dos direitos humanos, estabelece o direito ao desenvolvimento, direito esse reconhecido como um dos que fazem parte do rol dos direitos humanos de terceira geração. A Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 41/128, de 4 de dezembro de 1986, mostra uma

¹⁹⁵ BONAVIDES, 2010, p. 305.

¹⁹⁶ BIGNOTTO, Newton. Corrupção e Estado de Direito. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte, MG: Editora UFMG, 2006. p. 84-85.

¹⁹⁷ GARCIA, 2010, p.25-26.

preocupação com a existência de sérios obstáculos ao desenvolvimento e à completa realização dos seres humanos e dos povos, sendo a corrupção um desses maiores obstáculos.¹⁹⁸

Herkenhoff, ao falar do respeito à dignidade humana, defende que não se trata de uma abstração, mas de algo muito concreto. Para tanto, cita diversos exemplos que devem ser vivenciados na sociedade a fim de que se veja respeitada a dignidade humana, tais como: educação pública de qualidade a todos; sistema de saúde pública humano e eficaz; saneamento básico em todos os rincões do país como um dos mais importantes meios de assegurar a saúde pública; moradia saudável e digna a todos; transporte público rápido e confortável.¹⁹⁹

Em clara contraposição a esse ideal, está a realidade decorrente da corrupção. Aqui, o que o Estado oferece ao cidadão chega sem a quantidade ou sem a qualidade devidas. A merenda escolar chega de modo irregular e escasso, a obra é abandonada e esquecida, o asfalto carece da qualidade esperada e necessária, faltam remédios nos postos de saúde, faltam médicos até mesmo para atendimentos básicos de emergência, o ensino da escola pública é de qualidade inferior ou faltam professores. A cruel realidade que decorre da corrupção revela uma infinidade de exemplos.²⁰⁰

O tópico precedente mostrou que a vontade da Constituição gira em torno do bem-estar e da justiça sociais, da redução das desigualdades, da realização da dignidade humana. Conforme sustenta Paulo Freire, "é preciso que as maiorias trabalhem, comam, durmam sob um teto, tenham saúde e se eduquem. É preciso que as maiorias tenham o direito à esperança para que, operando o presente, tenham futuro".²⁰¹

A corrupção, em essência, atenta contra o próprio sistema democrático, contribuindo para a sedimentação da ideia de que os mandatários do povo,

¹⁹⁸ COMPARATO, 2010, p. 293.

¹⁹⁹ HERKENHOFF, 2004, p. 225.

²⁰⁰ DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. 4. Ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 24.

²⁰¹ FREIRE, 2001, p. 51.

regra geral, são desonestos. Em um país onde a corrupção encontra-se arraigada, caracterizando-se como verdadeira chaga social, afigura-se sempre oportuna a tentativa de sistematização dos princípios que delineiam o obrar do agente probo.²⁰²

A ética na política, enquanto meio de tutela da probidade administrativa, é essencial para a concretização contínua dos objetivos fundamentais presentes no Texto Magno. A correta atuação dos representantes do povo, o espírito público, assim, constitui premissa para a realização de tais objetivos.

Espera-se desses representantes o cumprimento da Lei Fundamental, que no Brasil estabelece, já em seu preâmbulo, que caberá aos representantes do povo brasileiro instituir um Estado Democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”. Trata-se dos grandes princípios fundadores da Constituição.²⁰³

Para tanto, o fantasma da corrupção precisa ser afastado. O combate à corrupção está diretamente relacionado ao desenvolvimento dos padrões educacionais e da consciência cívica da população, fatores que exigem um processo contínuo de aperfeiçoamento e que somente apresentam resultados satisfatórios no longo prazo. A esse respeito merece destaque a seguinte passagem:

Deve-se afastar a vetusta concepção de que a coisa pública não é de ninguém, fruto indesejado do perverso ciclo de perpetuação da ignorância popular: povo ignorante não se insurge contra o agente corrupto, o agente corrupto desvia recursos públicos e os afasta das políticas de concreção da cidadania, o povo fica mais ignorante e dependente daquele que o lesou, sendo incapaz de romper o ciclo.²⁰⁴

A ideia dos antigos de que a corrupção dos homens leva à destruição do corpo político merece destaque. A corrupção, ao fim e ao cabo, é um risco para os fundamentos da democracia. Ao preferir os interesses privados aos

²⁰² GARCIA, 2010, p. 6.

²⁰³ HERKENHOFF, 2004, p. 27.

²⁰⁴ GARCIA, op. cit., p. 24.

interesses públicos, mais do que transgredir a lei, atinge-se o núcleo mesmo do Estado: sua Constituição. É necessário que todos os atores envolvidos no processo sejam responsabilizados.²⁰⁵

Na complexidade legislativa contemporânea, as casas legislativas já não são um recinto de oratória brilhante para consenso de ideias, mas o palco da busca de compromissos para os diversos interesses conflitantes. Para que haja um funcionamento condizente com os preceitos democráticos, impera a necessidade de um controle realmente eficaz, que também deve ser aplicado à política do governo. Ademais, as Casas devem funcionar como um fórum de debates onde a nação venha a sentir-se presente, falando pelos seus legítimos representantes.²⁰⁶

Ademais, é preciso levar em conta a natureza verdadeiramente política da corrupção, observar seu nascedouro nas relações promíscuas entre os interesses de agentes particulares e as ações governamentais. Sem uma definição clara das fronteiras entre o público e o privado e a extensão da punição a todos os agentes corruptores, as diversas práticas ilegais, que caracterizam a corrupção no Brasil, serão uma ameaça constante à manutenção do Estado de direito.²⁰⁷

A realidade decorrente da corrupção remete à necessidade de controle e combate às ações desses representantes que se desvirtuam da sua missão que lhe é constitucionalmente assegurada. A sociedade exige das instâncias oficiais de poder efetividade no combate à corrupção. Para além disso, os movimentos em prol do combate à corrupção têm partido dos próprios atores sociais, o que será analisado a seguir.

4.2 Reação da sociedade: o controle do poder pelo poder

A democracia, na medida em que permite a ascensão do povo ao poder e a constante renovação dos seus dirigentes, possibilita um contínuo debate a respeito do comportamento daqueles que exercem ou pretendem exercer

²⁰⁵ BIGNOTTO, 2006, p. 85.

²⁰⁶ BONAVIDES, 2010, p. 289.

²⁰⁷ BIGNOTTO, op. cit., loc. cit..

a representatividade popular, bem como de todos os demais assuntos de interesse coletivo.²⁰⁸

Bonavides ressalta que a democracia de participação, sem liquidar o pluralismo partidário, nem tampouco abolir as modalidades representativas, é a solução cabível diante da crise do sistema político brasileiro: “a baixa representatividade e a falência de legitimação do corpo político, a sua ruína física e moral, a desagregação política e o mergulho na lama da corrupção”. A democracia participativa, assim, seria um caminho visto por onde se pode chegar à regeneração do sistema.²⁰⁹

A importância do regime de participação fica especialmente delimitada a partir do reconhecimento de que a ascensão ao poder de pessoas cuja vida pregressa denota um histórico de improbidade pode ecoar por todos os cantos, independentemente da classe social, do nível cultural e econômico.

A superação do desrespeito aos direitos, bem como do não cumprimento dos deveres, por parte daqueles que têm o comando em diferentes níveis de poder não está nos discursos e nas propostas moralistas, mas num clima de rigorosidade ética a ser criado com necessárias e urgentes transformações sociais e políticas. Transformações essas que vão viabilizando cada vez mais a prática de uma educação voltada para a responsabilidade.²¹⁰

Trata-se de uma situação que precisa ser combatida com absoluta prioridade, com o fito de possibilitar uma assepsia do sistema, na esteira dos dizeres de Maquiavel:

[...] como dizem os médicos sobre a tuberculose, no início o mal é fácil de curar e difícil de diagnosticar. Mas, com o passar do tempo, não tendo sido nem reconhecida nem medicada, torna-se fácil de diagnosticar e difícil de curar. O mesmo sucede nos assuntos de Estado. Prevendo os males que nascem, o que só é permitido a um sábio, estes são curados rapidamente. Mas quando se permite que cresçam, por não havê-los previsto, todos os reconhecem, porém não há mais remédio.²¹¹

²⁰⁸ GARCIA, 2010, p. 7-8.

²⁰⁹ BONAVIDES, 2010, p. 346.

²¹⁰ FREIRE, 2001, p. 44.

²¹¹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. p. 22. *Apud* GARCIA, op. cit., p. 5.

Ao abordar sobre o contraste entre a democracia ideal e a democracia real, Bobbio demonstra que um ausente crescimento da educação para a cidadania, segundo a qual “o cidadão investido do poder de eleger os próprios governantes acabaria por escolher os mais sábios, os mais honestos e os mais esclarecidos dentre os seus concidadãos”, pode ser considerado como o efeito da ilusão derivada de uma concepção excessivamente benévola do homem como animal político.²¹²

Níveis baixos de informação e de discernimento dos eleitores inviabiliza a sua capacidade de controlar a ação dos eleitos, a não ser recusando-se a reelegê-los. Dessa forma, todo mandato seria necessariamente uma delegação ampla e vazia de conteúdo.²¹³ A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da conseqüente supremacia do interesse dos detentores da *potestas publica* face ao anseio coletivo.²¹⁴ Enio defende que bons governos dependem de cidadãos mais conscientes, interessados e participativos:

É preciso que os setores influentes da sociedade e o crescimento da prática da cidadania contribuam para a evolução das organizações políticas, para o surgimento de um maior número de políticos sérios e responsáveis; para que o sistema eleitoral se aperfeiçoe; para que a ética, a transparência e o espírito público predominem no meio político; para que a escolha dos ocupantes dos cargos públicos seja feita pelo critério da qualificação e competência. Observado isso, sem margem a quaisquer dúvidas, a sociedade receberá o retorno, em forma de muitos benefícios.²¹⁵

Assim, para que os governos melhorem, núcleos importantes e influentes da sociedade devem manter-se vigilantes. Além disso, devem deixar de compactuar com os erros, bem como exercer pressões por mudanças. “Pessoas qualificadas, com espírito público e comprometidas precisam participar mais das organizações e dos eventos políticos, a fim de evitar que sejam dominadas por oportunistas, aventureiros e testas-de-ferro!”²¹⁶

²¹² BOBBIO, 2002, p. 21.

²¹³ DE ALMEIDA, 2006, p. 182.

²¹⁴ GARCIA, 2010, p. 8.

²¹⁵ RESENDE, 1992, p. 29.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 28.

Pedro Demo, ao falar do processo de conquista de direitos, lembra que não basta consignar os direitos na letra. Cabe aos interessados urgirem na teoria e na prática os seus direitos. A partir de tal perspectiva, segundo sustenta, “toda estrutura de poder destituída de controle democrático já nisto é corrupta, pois poder sem controle significa poder desmandado”.²¹⁷

Comparato ressalta a importância da revitalização dos grandes centros de interesse dentro da sociedade civil – como os sindicatos, as associações, as próprias organizações de planificação e desenvolvimento regional – para a gestão e reorganização coletiva da vida social.²¹⁸

Dentre os mecanismos de contenção da corrupção, encontra-se o controle por parte dos verdadeiros detentores do poder na medida em que acompanham a atividade dos seus mandatários, compelindo-os a pautar suas condutas por princípios mais rígidos.²¹⁹

O combate à corrupção, assim, não há de ser fruto somente de uma produção normativa, mas, sim, resultado da aquisição de uma consciência democrática e de uma lenta e paulatina participação popular, o que permitirá a contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a conivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem ascender ao poder. Com isso, “a corrupção poderá ser atenuada, pois eliminada nunca o será”.²²⁰

A prática da corrupção, arraigada na administração pública, não cede em nome de algumas poucas linhas de irresignação ou com arroubos isolados no meio social. É indispensável a gradativa e constante implementação de um processo de conscientização que possibilitará a mobilização das diferentes camadas sociais contra esse inimigo comum: a corrupção.²²¹

Impera a consolidação de uma cultura democrática, em que se veja com absoluta naturalidade o funcionamento de processos participativos,

²¹⁷ DEMO, 1999, p. 61.

²¹⁸ COMPARATO, 1989, p. 35.

²¹⁹ GARCIA, 2010, p. 5-6.

²²⁰ *Ibid.*, p. 8-9.

²²¹ *Ibid.*, p. 3.

marcados pelo acesso aberto ao poder, seu controle, pela burocracia comprometida com o serviço aos interessados, e assim por diante. É a efetiva democracia tornando-se, portanto, cotidiana.²²²

A educação para a libertação tem como imperativo ético a desocultação da verdade. Ético e político.²²³ Nesse sentido, tem-se visto um gradativo amadurecimento da população brasileira concretizado no anseio em nome de princípios éticos, de modo que no país venha a prevalecer “a honestidade sobre a corrupção; a justiça sobre a impunidade; o espírito coletivo sobre os interesses egoísticos particulares; a competência sobre a ineficiência”.²²⁴

A reação da sociedade mostra-se premente em casos em que se vê um choque entre a vontade do representante e a vontade do representado, situação que merece cuidadosa análise tendo em vista o ideal representativo.

Bobbio, ao falar dos limites internos ao poder do príncipe, destaca que o princípio *princeps é legibus solutus* foi aquele que inspirou a conduta dos soberanos nas monarquias absolutas vistas na Europa. A existência deste princípio não quer dizer que o poder do príncipe não tenha limites: mas a questão posta é como o soberano pode limitar a si mesmo, uma vez que as leis são postas por sua vontade.²²⁵

Assim, o príncipe não poderia se submeter a leis por ele mesmo estabelecidas, porque ninguém pode dar leis a si mesmo. O Estado constitucional aqui ganha especial relevo, posto que o limite àqueles incumbidos de fazer as leis deriva da própria composição e organização da sociedade, externada na Constituição, e não aos limites postos, ou impostos, pelas leis emanadas pelos próprios legisladores.²²⁶

A respeito de eventual choque entre a vontade do representante e a vontade do representado, passagem de Canotilho merece destaque,

²²² DEMO, 1999, p. 79.

²²³ FREIRE, 2001, p. 45.

²²⁴ RESENDE, 1992, p. 25.

²²⁵ BOBBIO, 2003, p 98.

²²⁶ BOBBIO, loc. cit.

ao falar de soberania popular ou soberania parlamentar. A soberania do parlamento, que impunha impostos sem representação, denotou a tirania do sistema, o que aflorou a necessidade de frear a “onipotência do legislador” por meio de uma constituição que garantisse os cidadãos, em sede de lei superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano. A partir de então, na inspiração americana de liberdade, cabe ao povo a tomada das decisões.²²⁷

Considerando-se que não existe mais o príncipe, o soberano, entram em cena os meios para ter-se garantido o efetivo controle, pelos representados, da atuação dos governantes eleitos, bem como da conduta daqueles que pretendem assumir mandato eletivo. O governo das leis, em primeiro lugar das leis fundamentais, vincula, antes ainda que os cidadãos, os próprios governantes. Um ordenamento desse gênero apenas é possível se aqueles que exercem o poder em todos os níveis puderem ser controlados em última instância pelos detentores originários do poder fundamental.²²⁸

Nessa senda, Comparato destaca trecho da obra *Do Contrato Social*, de Rousseau:

Assim, os que pretendem que o ato pelo qual um povo se submete a chefes não é um contrato têm toda razão. É unicamente uma comissão, um emprego no qual, simples funcionários do Soberano, eles exercem em seu nome o poder do qual ele os fez depositários, e que ele pode limitar, modificar e retomar quando quiser, pois a alienação desse direito é incompatível com a natureza do corpo social, e contrária à finalidade de associação.²²⁹

A presente análise mostra-se sobremaneira relevante ao considerar que o representante tem interesses próprios, não necessariamente coincidentes com os dos eleitores, e que ele sempre goza de significativa liberdade de ação em relação aqueles que lhe conferiram o mandato. Isto porque o mandatário conhece mais do que o eleitor as alternativas efetivamente disponíveis e as condições em que as decisões são tomadas.²³⁰

²²⁷ CANOTILHO, 2003, p. 58.

²²⁸ BOBBIO, 2002, p. 23.

²²⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, p. 28 Apud COMPARATO, 1989, p. 59.

²³⁰ DE ALMEIDA, 2006, p. 182.

Com efeito, há uma considerável distinção entre os titulares que detêm o poder e os que na realidade o exercem, pois o poder é, em última instância, exercício do poder. Em outros termos, o mandatário tem sempre a possibilidade de exercer os poderes que lhes foram delegados sem muita consideração pelas expectativas dos eleitores que lhes outorgam a delegação.²³¹

As linhas precedentes atentam para o fato de que cabe aos políticos mudarem as suas organizações, o que revela a necessidade de uma forte pressão social para que isso realmente aconteça. Não se pode desconsiderar que o sistema corporativista, marcado pela cultura da politicagem e do fisiologismo, acaba por dificultar, por exemplo, a aprovação de reformas ensejadoras da ética na política.²³²

Daí o império do controle por parte do corpo social. Constatada a existência de “choque” entre o que o representado demanda e o que o representante efetivamente realiza, podem emergir as manifestações de poder que persistem na sociedade civil como herança atávica do “estado de natureza hobbesiano”. Isso revela de forma incontestável que as manifestações de poder nem sempre se localizam na esfera estatal, fato histórico que a ideologia liberal tentou apagar.²³³

A análise de Bobbio acerca da teoria relacional do poder revela a relação existente entre dois sujeitos, da qual o primeiro obtém do segundo um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria.²³⁴ Essa situação ficou bem delineada no âmbito da aprovação da Lei da Ficha Limpa, haja vista que o projeto somente foi aprovado nas casas legislativas em decorrência da forte pressão social.

O papel do Poder Judiciário nessa temática envolve uma dimensão de relevância tal, porque se vê nitidamente o “choque” entre o interesse daqueles responsáveis por fazer as leis, e a vontade da Constituição e da

²³¹ DE ALMEIDA, 2006, p. 182.

²³² RESENDE, 1992, p. 54.

²³³ COMPARATO, 1989, p. 49.

²³⁴ BOBBIO, 2003, p. 78.

sociedade. Essa ideia pode ser ilustrada com o fato de o legislador ter demorado 16 anos para aprovar os casos de inelegibilidades em razão da vida pregressa, inserida no texto constitucional em 1994 e somente regulamentada em 2010. Percebe-se uma possível tentativa de burlar a vontade da Constituição, para o que se viu a reação da sociedade, que, mediante elevada pressão, provocou a aprovação da Lei da Ficha Limpa.

5 Uma leitura da ADPF 144 à luz da Lei da Ficha Limpa

5.1 O surgimento da Lei da Ficha Limpa

Conforme visto no capítulo precedente, o quadro de corrupção delineado na realidade brasileira tem causado um crescente descontentamento dos mais diversos setores da sociedade. Um exame atento da realidade brasileira, sacudida por virulentas desigualdades sociais, demonstra a existência de uma ampla gama de reivindicações que refletem, basicamente, carências materiais e necessidade por direitos essenciais.²³⁵

Assim, uma das causas das reivindicações sociais pode ser encontrada na negação ou na ausência de direitos aos meios para satisfazer necessidades vitais, sociopolíticas e culturais, para o que concorre fortemente a corrupção.²³⁶ Reivindicações das mais prementes na sociedade brasileira nos últimos anos dizem respeito ao anseio pela depuração do quadro da classe política nacional, a qual é fortemente marcada por constantes escândalos de corrupção.

A exigência de atributos morais confiáveis para o exercício de mandato eletivo decorre do reconhecimento do direito que o cidadão tem de ser governado por pessoa proba. O momento histórico reacende esse ideal a partir da pressão da sociedade para afastar das disputas eleitorais aqueles candidatos que não tenham os recomendáveis e necessários bons antecedentes éticos.²³⁷

²³⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 105.

²³⁶ *Ibid.*, loc. cit..

²³⁷ FERREIRA, José Valmir. *Inelegibilidade em razão da vida pregressa dos candidatos*. 2008. 59 f. Trabalho de conclusão do curso de especialização em Direito Constitucional Eleitoral, Universidade de Brasília – UNB, Faculdade de Direito, Brasília, 2008, p. 35.

Em dezembro de 2007, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) deflagrou a Campanha Ficha Limpa, que tinha o escopo de aumentar o rigor nos critérios para a definição das candidaturas e fazer valer a determinação constitucional contida no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, qual seja, a proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato eletivo considerada a vida pregressa do candidato.²³⁸

O movimento tinha o objetivo de colher os 1,3 milhão de assinaturas necessárias à propositura de um projeto de lei de iniciativa popular para regulamentar o dispositivo constitucional acima referido, uma vez que o parlamento até então não havia adotado tal providência.²³⁹

A atuação do MCCE ganhou notoriedade nacional no período das campanhas eleitorais do ano de 2008 a partir da atuação da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). A AMB disponibilizou em seu sítio na internet um rol contendo o nome de candidatos que configuravam como réus em ações penais, eleitorais e em ações de improbidade administrativa. A partir disso, esses candidatos passaram a ser tratados, sobretudo pela atuação da mídia, sob a *alcunha* de *políticos ficha suja*.²⁴⁰

Em setembro de 2009, a Campanha Ficha Limpa, em decorrência da rápida adesão de diversas organizações compostas por milhares de voluntários, conseguiu obter o número de assinaturas exigido pela Constituição, somando ao final mais de 1,6 milhão de assinaturas.²⁴¹

Após a entrega do projeto de iniciativa popular à Câmara dos Deputados, teve início uma mobilização sem precedentes no país, sobretudo, por meio das redes sociais, a população exerceu forte pressão pela aprovação do projeto já para aplicação no pleito de 2010.²⁴² Com isso, o Projeto Ficha Limpa passou por

²³⁸ REIS, Marlon Jacinto; CASTRO, Edson de Resende; DE OLIVEIRA, Marcelo Roseno (Org.). *Ficha limpa*. Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010. Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. São Paulo: Edipro, 2010, p. 23.

²³⁹ *Ibid.*, p. 24.

²⁴⁰ DIAS JUNIOR, Jose Armando Ponte. *Elegibilidade e moralidade: direito fundamental a moralidade das candidaturas*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 15.

²⁴¹ REIS, op. cit., p. 23.

²⁴² *Ibid.*, loc. cit..

uma rápida tramitação nas instâncias oficiais de poder. Surgia então a Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.

5.2 As alterações trazidas pela Lei da Ficha Limpa

A Lei da Ficha Limpa veio para regulamentar parte do dispositivo constitucional que também trata da inelegibilidade como meio de preservação da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo, o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, inserido no Texto Magno pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994:

Art. 14 [...]

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

Consoante se verifica da sua ementa, a Lei da Ficha Limpa altera a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990 (LC 64/90), denominada Lei de Inelegibilidades:

Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

A LC 64/90 estabelece, assim, os casos de inelegibilidade e os prazos de cessação, vindo a Lei da Ficha Limpa a incluir, conforme visto acima, as “hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato”.

Inicialmente, cumpre analisar, ainda que de forma ligeira por não se tratar de objeto imediato do presente trabalho, os conceitos de inelegibilidade e elegibilidade. Inelegibilidade consiste no impedimento à capacidade de um indivíduo de ser votado, resulta em um determinado

período de privação da capacidade eleitoral passiva.²⁴³ Em sentido inverso, a elegibilidade diz respeito à qualidade do indivíduo que, por ter preenchido todos os requisitos previstos no ordenamento jurídico, pode participar da disputa pelo poder político, pode exercer o direito de ser representante do povo no poder.²⁴⁴

Os conceitos de elegibilidade e inelegibilidade denotam o caráter de precaução de que são investidos tais institutos.²⁴⁵

A leitura do § 9º do art. 14 da Constituição Federal mostra que as inelegibilidades têm caráter de precaução em dois sentidos. O primeiro visa à proteção dos mecanismos de legitimação democrática contra abusos do poder econômico e/ou político já perpetrados. O segundo, estabelecido como precaução para o futuro, visa à proteção dos bens, valores e interesses públicos contra as pretensões daqueles cuja vida pregressa revela um desprezo pelos princípios de que devem estar revestidos aqueles que pretendem exercer o múnus público.²⁴⁶

Com efeito, o olhar sobre a vida pretérita do candidato aponta a necessidade de proteção do patrimônio público contra as pretensões ilegítimas daqueles que, utilizando-se do mandato eletivo, colocam seus interesses privados acima do interesse público.²⁴⁷

Feita essa exposição prévia a respeito das inelegibilidades e do objetivo da Lei da Ficha Limpa, impera ressaltar uma inovação importante trazida por esta lei e que tem levantado acalorados debates no universo do direito. Essa inovação diz respeito ao fato de a Lei da Ficha Limpa ter trazido, de forma expressa, a possibilidade de o candidato tornar-se inelegível em virtude de condenação por órgão colegiado sem que tenha havido o trânsito em julgado da decisão judicial, *verbis*:

²⁴³ DIAS JUNIOR, 2010, p. 57.

²⁴⁴ *Ibid.*, loc. cit..

²⁴⁵ FERREIRA, 2008, p. 24.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 30.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 39.

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;

2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;

[...]

9. contra a vida e a dignidade sexual; e

10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

As alíneas *h, j, l, n* e *p* da nova Legislação de Inelegibilidades, nesse mesmo sentido, consideram a decisão de órgão colegiado, ainda que não transitada em julgado, suficiente para tornar o candidato inelegível.

A Lei da Ficha Limpa demonstra que o legislador foi mais cauteloso ao exigir a condenação por órgão colegiado, em vez de acatar o texto original do projeto de lei para o qual bastava a condenação em primeira instância.

Dentro desse mesmo espírito, o legislador inovou o texto original ao prever a possibilidade de suspensão da inelegibilidade em sede cautelar, desde que presente a plausibilidade da pretensão recursal, conforme se observa do art. 26-C da nova redação da LC 64/90:

Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d, e, h, j, l* e *n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso. (grifo no original)

Os §§ 1º e 3º do mesmo artigo cuidam da celeridade na apreciação de tal recurso, bem como de sanções a eventuais atos da defesa tidos

como protelatórios, em virtude da urgência requerida para solução de tais questões:

§1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de *habeas corpus*.

[...]

§ 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo. (grifo no original)

Por fim, prevê o § 2º do art. 26-C que, uma vez mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade, ou revogada a suspensão liminar, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente. Assim, firma-se em caráter definitivo a inelegibilidade do recorrente pelo período estabelecido na legislação de regência:

§ 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no *caput*, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente. (grifo no original)

Vê-se que a Lei da Ficha Limpa inseriu expressamente a possibilidade de mitigação ao princípio constitucional da presunção de inocência. Antes de abordar especificamente a controvérsia constitucional daí decorrente, cumpre analisar a evolução da legislação e da atuação da Justiça Eleitoral, dada a sua relevância para a proteção da moralidade e da probidade previstas no art. 14, §9º, da Constituição Federal.

5.3 A evolução da legislação e da atuação da Justiça Eleitoral: breves linhas

Paralelamente ao desenvolvimento do Direito Constitucional brasileiro, ocorreu a evolução da legislação eleitoral, bem como da atuação da Justiça Eleitoral. Essa evolução revela um trilhar no sentido da moralização da política, na medida em que propiciou a implementação de mecanismos inibidores do acesso e da manutenção de políticos ímprobos no poder.

A criação da Justiça Eleitoral ocorreu em 1932, a partir do Código Eleitoral. Teve como grande influência a Revolução de 1930, que tinha como um dos

princípios a moralização do sistema eleitoral.²⁴⁸ Vê-se, assim, que a Justiça Eleitoral já surgiu com esse espírito de depuração dos quadros políticos do país.

Isso se mostrava sobremaneira necessário em virtude dos abusos de toda ordem que eram cometidos. O controle das eleições por parte dos que estavam no poder gerava um sem-número de possibilidades de fraudes. Desde o Império, a opinião pública já exigia eleições diretas e criticava os abusos e as fraudes.²⁴⁹

A fim de exemplificar os abusos perpetrados, destaca-se a ação dos coronéis, que controlavam o eleitorado regional, fiscalizavam o voto não secreto dos eleitores e a apuração. Chegava-se assim, quase sempre, a um resultado previsível. Ademais, costumava-se excluir na fase final alguns dos eleitos. Eram as chamadas “degolas”, uma verdadeira negação da verdade eleitoral.²⁵⁰

Proclamada a República, a paisagem foi dominada pelas fraudes eleitorais. Nesse período, representatividade política e legitimidade democrática não andavam de braços dados, prática que somente um século depois, com a informatização das eleições, começou a ser contida.²⁵¹

De fato, a informatização dos pleitos eleitorais veio para garantir a segurança e a transparência do processo, possibilitando um fidedigno registro da vontade do eleitor brasileiro, o que foi determinante para o fortalecimento da democracia do país. Em 1996, foi iniciada a primeira votação eletrônica do Brasil, sendo que, no ano 2000, todo eleitorado votou por meio eletrônico.²⁵²

Único no mundo, o sistema de eleições adotado no Brasil é campeão em agilidade na contagem e na divulgação dos votos, sendo aprovado por 94,4% dos brasileiros, segundo pesquisa realizada pelo

²⁴⁸ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Institucional*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional>>. Acesso em: 2 out. 2011

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ GARCIA, 2010, p. 5.

²⁵² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, op. cit.

Instituto Sensus após as eleições gerais de 2010. Registra-se que, já no segundo turno eleitoral daquele ano, o resultado da eleição presidencial foi anunciado apenas uma hora e quatro minutos após o encerramento da votação em todo o país.²⁵³

Com o objetivo de garantir um sistema de votação verdadeiramente democrático e seguro, a Justiça Eleitoral brasileira investiu no desenvolvimento das urnas com leitor biométrico. Esse sistema imprimirá às eleições brasileiras um novo mecanismo de segurança, agora no que se refere à identificação do eleitor, que passará a ser feita por meio das digitais e de fotografia. O objetivo é excluir a possibilidade de uma pessoa votar por outra, tornando inviável a fraude no procedimento de votação. É a tecnologia a serviço da segurança do voto e da lisura do processo eleitoral.²⁵⁴

Além das conquistas ligadas à segurança e transparência do pleito em si, é força destacar os mecanismos de controle que, com o passar do tempo, foram inseridos na legislação eleitoral brasileira. Vieram estes com o objetivo de coibir e reprimir práticas tais como as de abuso do poder econômico, abuso do poder político, captação ilícita de sufrágio, aliciamento de eleitor.²⁵⁵

Dentre tais instrumentos, destaca-se a prestação de contas de partido político, a prestação de contas de campanha eleitoral, a ação de impugnação de registro de candidatura, a ação de impugnação de mandato eletivo, a ação de investigação judicial eleitoral e o recurso contra expedição de diploma.^{256 257}

²⁵³ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Institucional*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional>>. Acesso em: 2 out. 2011.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Id.* Glossário Eleitoral Brasileiro. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/hotSites/glossario-eleitoral/index.html>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ O sistema eleitoral brasileiro, entretanto, não aderiu a alguns mecanismos de controle da população sobre o exercício do poder pelos seus representantes, tais como o instituto da revogação do mandato, denominado *recall*, e o mandato imperativo. O *recall* consiste na possibilidade de cassação do eleito, por seus eleitores. No tocante ao mandato imperativo, o parlamentar registraria na Justiça Eleitoral suas promessas de campanha, que conferiram os votos suficientes à sua eleição. Caso preferisse voto contrário a tais promessas, seria ele desconsiderado. O mandato imperativo, ao inverso do mandato representativo, é o que, com base na representação do direito privado, entende que o eleitor pode prescrever, ao eleito, o

Considerando que a temática do presente trabalho monográfico reclama especial destaque à Lei da Ficha Limpa, observa-se o que registra o Glossário Eleitoral Brasileiro a respeito dessa recente alteração legislativa:

Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, que altera a Lei Complementar nº 64 (Lei de Inelegibilidade). Originou-se de um Projeto de Lei de Iniciativa Popular sobre a vida pregressa dos candidatos com o objetivo de tornar mais rígidos os critérios para candidatura, criar novas causas de inelegibilidades e alterar as existentes. A lei torna inelegível, dentre outras possibilidades, o candidato condenado em decisão colegiada por crimes contra a administração pública, o sistema financeiro, ilícitos eleitorais, de abuso de autoridade, prática de lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, tortura, racismo, trabalho escravo ou formação de quadrilha.²⁵⁸

Observa-se, assim, o caminhar dos institutos e instituições de Direito Eleitoral no sentido de garantir que a vontade do eleitor seja assegurada por meio de eleições seguras. Para além disso, é incontestável a evolução do sistema democrático brasileiro a partir da crescente criação de mecanismos inibidores da entrada e manutenção dos que ingressam na seara pública sem priorizar o devido respeito às esperadas probidade e moralidade.

5.4 Colisão entre princípios constitucionais: uma controvérsia em torno da Lei da Ficha Limpa

Como já demonstrado no tópico precedente, a Lei da Ficha Limpa considera suficiente para tornar o candidato inelegível decisão proferida por órgão colegiado. Com isso, a norma não exige, como até então se via, o trânsito em julgado da decisão condenatória,²⁵⁹ o que contraria o princípio constitucional da presunção de inocência.

modo pelo qual este terá de agir, em seu nome. (PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Brasília: Editora UnB, 2000, p. 278 e 331)

²⁵⁸ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Glossário Eleitoral Brasileiro*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/hotSites/glossario-eleitoral/index.html>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

²⁵⁹ A redação da Lei de Inelegibilidades, antes da Lei da Ficha Limpa, exigia o trânsito em julgado da decisão, conforme se vê em uma das alíneas do art. 1º, que traz as inelegibilidades: "Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, [...] pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;"

O princípio da presunção de inocência, um dos corolários do Estado Democrático de Direito, está previsto no inciso LVII do art. 5º da Lei Maior. Dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Consoante entendido no universo jurídico, a cláusula garantista da presunção de inocência irradia seus efeitos para além da esfera penal, com o fito de proteger o indivíduo de eventual arbitrariedade do Estado.²⁶⁰

Dentro desse entendimento, até que se opere o trânsito em julgado de decisão condenatória em processo judicial, o indivíduo que configure como réu não pode sofrer qualquer tipo de sanção em decorrência da existência do processo ou de eventual condenação, sob pena de se conferir um *status* de efetividade a uma decisão pendente de recurso, provisória, portanto.²⁶¹

A possibilidade de mitigação ao princípio da presunção de inocência frente aos princípios da probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato eletivo, trazida pela Lei da Ficha Limpa, tem gerado grandes debates no universo jurídico. Há defensores e críticos ferrenhos às duas possibilidades de posicionamento.

Se privilegiado o primeiro princípio, estar-se-ia protegendo o direito individual, afastando-se a possibilidade de dano irreparável à pessoa que teve afastado o seu direito de concorrer às eleições, ou de ser diplomado, e que venha depois a ser absolvida em instância superior.²⁶²

No sentido oposto, havendo a mitigação ao princípio da presunção de inocência, impedir-se-ia a chegada ao poder de um indivíduo cuja vida pregressa deixe fundadas dúvidas quanto à sua conduta, em termos de

²⁶⁰ Para uma mais detalhada compreensão a respeito do princípio da presunção de inocência, cf. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 22 et. seq. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº144. Associação de Magistrados Brasileiros. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 06.08.2008. *Diário de Justiça da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, DJe-035, de 26/2/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>. Acesso em: 17 set. 2010.).

²⁶¹ ADPF 144. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 22 et. seq.

²⁶² ADPF 144. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 6.

probidade e moralidade, o que refletiria o direito que os indivíduos têm de dispor de representantes que estejam a serviço dos maiores interesses da coletividade.²⁶³

Na esteira da presente discussão, serão analisados os argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do pedido veiculado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144 (ADPF 144). Ademais, será feito um cotejo entre tais argumentos e a realidade trazida pela Lei da Ficha Limpa.

5.5 A ADPF 144 e a Lei da Ficha Limpa

A discussão sobre a análise da vida pregressa do candidato a cargo eletivo como condição para sua elegibilidade, com o fito de preservar a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato eletivo, foi travada em 2008, no âmbito da ADPF 144.

Discutiu-se sobre qual princípio constitucional deveria ser privilegiado: se o princípio da presunção de inocência, presente no inciso LVII do art. 5º do Texto Magno, ou se os princípios da moralidade e probidade, esculpidos no § 9º do seu art. 14.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), por meio da ADPF 144, impugnou a então redação da LC 64/90, que exigia o trânsito em julgado de sentença condenatória para que a candidatura fosse indeferida pela Justiça Eleitoral.

A AMB alegava incompatibilidade da referida lei com o previsto no § 9º do art. 14 da Constituição Federal, que teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994, posterior, portanto, à redação da lei.

Segundo entendimento da Associação dos Magistrados, a partir do momento em que o novo texto constitucional dispôs que “lei complementar

²⁶³ ADPF 144. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 1 et seq.

estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato”, a Lei de Inelegibilidades em vigor não teria sido recepcionada pelo fato de exigir o trânsito em julgado da decisão.

É que, para a AMB, a longa espera pelo trânsito em julgado prejudica o exame da vida pregressa e, em última análise, a proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato eletivo, gerando um quadro geral de impunidade.

A AMB, a partir de tal entendimento, pleiteou a revogação da exigência do “trânsito em julgado” da qual dispunha a LC 64/90. Caberia à Justiça Eleitoral, consoante o pedido da requerente, sopesar a gravidade das condutas apontadas na Lei de Inelegibilidades, mesmo sem trânsito em julgado, para deliberar pela rejeição ou não do registro da candidatura.²⁶⁴

Vê-se, pelo exposto, que a AMB, já em 2008, buscava o reconhecimento da possibilidade de mitigação do princípio constitucional da presunção de inocência, a fim de impedir a candidatura de quem tivesse vida pregressa desabonadora, que desafiasse os princípios constitucionais da probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato eletivo.

No pleito apresentado com a referida ADPF, a mitigação do princípio da presunção de inocência poderia impedir o indivíduo de exercer sua capacidade eleitoral passiva, ou seja, poderia torná-lo inelegível mesmo sem a existência de trânsito em julgado de decisão judicial condenatória.

Verificar-se-ia, no caso concreto, um conflito quanto à aplicação de dispositivos constitucionais: prevaleceria o princípio da presunção de inocência, ou este seria mitigado em face dos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato? Caberia ao operador do direito a complexa decisão, a fim de conceder ou negar o registro de candidatura.

²⁶⁴ ADPF 144. Petição inicial, p. 32-33.

No julgamento do mérito da causa, decidiram pelo indeferimento os ministros Celso de Mello (relator), Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Gilmar Mendes.

Foram utilizados, no geral, os seguintes argumentos para o indeferimento: a) impossibilidade de o Judiciário, sob pena de se ter configurada usurpação dos poderes constitucionalmente reconhecidos ao Legislativo, determinar quais seriam os “outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação”, uma vez que o § 9º do art. 14 da Constituição exige não apenas uma lei qualquer, mas lei complementar, para que se erijam novas hipóteses de inelegibilidade; b) embora não configure pena, inelegibilidade qualifica-se como matéria de limitação de direitos, o que impede interpretação expansiva por parte do órgão julgador; c) necessidade de critérios objetivos para a determinação da inelegibilidade (tipicidade dos atos e fatos configuradores de suas causas), daí afastar a subjetividade na atuação da Justiça Eleitoral quanto à análise da vida pregressa, o que, caso contrário, geraria incerteza e insegurança jurídica; d) inexistência de lei que preveja a possibilidade de acusado, ou até mesmo condenado, sem decisão judicial transitada em julgado, tenha sua capacidade eleitoral passiva prejudicada; e) incompatibilidade do pedido com o princípio constitucional da presunção de inocência, que é aplicável também no âmbito extrapenal.

Ainda no sentido de corroborar o indeferimento do pleito da AMB, o ministro Ricardo Lewandowski levantou a questão sobre uma pessoa condenada sem que tenha transitado em julgado a decisão e que venha a ter, em virtude disso, sua candidatura indeferida. Lembra o ministro que essa mesma pessoa, no caso de ser absolvida em uma instância superior, já teria seu direito de concorrer prejudicado, uma vez que já seriam passadas as eleições. O ministro colacionou em seu voto dados estatísticos do próprio STF que demonstram que ¼ dos recursos extraordinários criminais interpostos, dos anos de 2006 a 2008, por postulantes a cargos eletivos que tiveram suas candidaturas barradas,

resultaram em que essas pessoas foram absolvidas, o que as possibilitaria de concorrer às eleições, caso ainda fosse possível.²⁶⁵

Pelo deferimento do pedido, os ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Estes seguiram no sentido de ser mitigado o princípio da presunção de inocência nos casos em que aquele que pretende se candidatar a cargo eletivo tenha uma vida pregressa desabonadora, em termos de moralidade e probidade.

Os ministros a favor do pleito entenderam que o princípio da presunção de inocência opera-se no âmbito do indivíduo, serve diretamente ao respectivo titular. Já os princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato estão a serviço da coletividade, da coisa pública, da democracia como um todo, motivo pelo qual deveriam prevalecer sobre o princípio da presunção de inocência.

Na ADPF 144, pleiteava-se a possibilidade de o candidato tornar-se inelegível já com decisão de 1º grau, o que foi severamente criticado por grande parte dos ministros em virtude da insegurança jurídica decorrente da precariedade de tal decisão.

Quanto a este ponto, o ministro Joaquim Barbosa foi favorável ao pleito da AMB com a ressalva, a fim de homenagear a segurança jurídica, de que fosse estabelecido o critério de haver decisão condenatória de órgão colegiado, ainda que não transitada em julgado, que confirmasse a sentença condenatória na primeira instância como critério suficiente para se impedir a candidatura.

O ministro Barbosa destacou ser incontestável o entendimento acerca da inexistência de direitos fundamentais de caráter absoluto. Ademais, sustentou o ministro, tem se verificado de maneira cada vez mais crescente no âmbito de inúmeras cortes constitucionais e supremas o exercício da ponderação entre princípios e valores constitucionais, de modo que eventualmente um deles possa prevalecer.²⁶⁶

²⁶⁵ ADPF 144. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 6.

²⁶⁶ ADPF 144. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 2.

A maior parte dos argumentos utilizados para o indeferimento do pedido da AMB foi superada pela simples existência da Lei da Ficha Limpa. Isso porque as críticas feitas pelos ministros, em suma, disseram respeito à questão da subjetividade do aplicador do direito. A maioria dos ministros entendeu ser inadmissível ficar ao arbítrio do juiz quais seriam as hipóteses de inelegibilidades em virtude da análise da vida pregressa do candidato.

No âmbito de tal questão, verifica-se a seguinte passagem do voto do ministro Celso de Mello, relator, referindo à legislação vigente à época:

[...] em face do sistema de direito positivo vigente no presente momento histórico, somente os eleitores dispõem de poder soberano e de legitimidade para rejeitar, pelo exercício do direito do voto, candidatos ímprobos, desonestos e moralmente desqualificados.²⁶⁷

No ordenamento brasileiro, não existe qualquer possibilidade de o poder público, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer, sem prévia decisão judicial condenatória irrecorrível, a culpa de alguém, especialmente para além da gravíssima privação da liberdade individual – ou da atribuição da qualidade de *improbis administrator* – resultar, ainda, dentre outras espécies de consequências, a suspensão temporária da cidadania, em particular do direito de ser votado.²⁶⁸ (grifo no original)

Ainda quanto a isso, destaca-se a “ética da legalidade”, trazida no voto do ministro Eros Grau:

A moralidade da Administração – e da atividade legislativa, se a tanto chegarmos – apenas pode ser concebida por referência à legalidade, nada mais. [...] Digo-o com ênfase porque o que caracteriza o surgimento do chamado direito moderno – esse direito que chamo direito *posto* pelo Estado, opondo-se ao direito *pressuposto* – é precisamente a substituição do subjetivismo da equidade pela objetividade da lei. A lei em lugar da vontade do rei. Isso significa a substituição dos valores pelos princípios. Não significa que os valores não sejam considerados no âmbito do jurídico. Não significa o abandono da ética. Significa, sim, que a ética do direito moderno é a *ética da legalidade*.²⁶⁹ (grifos no original)

Corroborou o ministro Gilmar Mendes:

Não tenho dúvidas de que a consideração de fatos da vida pregressa do candidato [...] para a configuração de causas de inelegibilidade, sem

²⁶⁷ ADPF 144. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 7.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 47.

²⁶⁹ ADPF 144. Voto do Ministro Eros Grau, p. 11.

expressa previsão legislativa para tanto, viola a garantia fundamental da presunção de inocência. [...] Reafirmo, portanto, a necessidade de que haja uma mínima tipicidade dos atos e fatos configuradores de causas de inelegibilidades para fins de aplicação da determinação contida no art. 14, § 9º, da Constituição.²⁷⁰

Essa questão foi superada pela Lei da Ficha Limpa, uma vez que esta tipifica as hipóteses em que o indivíduo terá sua capacidade eleitoral passiva restringida em virtude da sua vida pregressa, não mais havendo que se falar, nesse tocante, em discricionariedade do julgador.

Restaria, assim, dentre os argumentos utilizados para o indeferimento do pleito da AMB na ADPF 144, a análise do único que persiste após a nova redação da Lei de Inelegibilidades: “incompatibilidade do pedido com o princípio constitucional da presunção de inocência, que é aplicável também no âmbito extrapenal”.

Observa-se, aqui, a ideia de sopesamento entre os princípios colidentes. Será possível mitigar o princípio da presunção de inocência para proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato eletivo?

Apreende-se dos votos dos ministros que votaram pelo indeferimento, e que adentraram na discussão sobre a possibilidade de se afastar o trânsito em julgado da decisão judicial, que foi dado ao princípio da presunção de inocência um caráter *prima facie*, ou seja, tal princípio teria uma argumentação prévia em seu favor.²⁷¹

Nesse sentido, denotam os seguintes trechos do voto do ministro Celso de Mello:

Vê-se, desse modo, que a repulsa à presunção de inocência, com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dela emanam, mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os

²⁷⁰ ADPF 144. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 6-7.

²⁷¹ Para um conhecimento mais detalhado sobre o conceito de princípio *prima facie*, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição do Estado Constitucional*. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2010, p. 53.

padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos, restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.

[...]

A presunção de inocência não se esvazia progressivamente, na medida em que se sucedem os graus de jurisdição, a significar que, mesmo confirmada a condenação penal por um tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixa de prevalecer, repita-se, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

[...]

A presunção de inocência se opera em favor das pessoas contra o abuso de poder e a prepotência do Estado em ordem a impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria constituição – que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis, ou, então, que se imponham ao réu restrições a seus direitos não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado.²⁷²

O ministro Gilmar Mendes também deixa consignada a sua posição a respeito da possibilidade de mitigação ao princípio da presunção de inocência:

[...] as várias manifestações aqui assentes demonstram que essa ideia da presunção de inocência, ou presunção de não-culpabilidade, não pode ser mitigada, por razões as mais diversas. O catálogo dos direitos fundamentais não está à disposição, pelo contrário. [...] Cabe a esta corte fazer, diuturnamente, essa *pedagogia dos direitos fundamentais*, contribuir para um processo civilizatório elevado.²⁷³ (grifo no original)

Quanto às ponderações traçadas em favor do pleito da AMB, pelos ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, observa-se mais claramente o sopesamento entre os interesses colidentes e podem ser resumidas na seguinte passagem do voto deste ministro:

Aderi ao luminoso voto proferido pelo ministro Carlos Britto, que, lançando mão de uma interpretação sistemática do texto constitucional, adotou uma arguta diferenciação entre a ontologia e as funcionalidades dos direitos e garantias individuais, dos direitos fundamentais sociais e as referentes aos direitos políticos. [...] Enquanto os primeiros servem diretamente aos respectivos titulares, o mesmo não se dá quanto aos direitos políticos. Com efeito, é hoje incontestável o entendimento

²⁷² ADPF 144. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 29, 32 e 35, respectivamente.

²⁷³ ADPF 144. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 3.

acerca da inexistência de direitos fundamentais de caráter absoluto. [...] tornou-se rotina no âmbito desta Corte, e de inúmeras outras Cortes Constitucionais e Supremas, o exercício da ponderação entre princípios e valores constitucionais a priori dotados da mesma carga normativa, de sorte que, no caso concreto, um deles possa eventualmente prevalecer. [...] O princípio da presunção de inocência constitui norma princípio que serve eminentemente ao indivíduo [...]. Já os direitos políticos têm outra conotação. Tanto o seu exercício de maneira abusiva, quanto a sua fruição na perspectiva passiva por pessoas improbas ou envolvidas em atividades delitivas repercutem de maneira negativa não apenas na esfera individual do titular, mas sim no próprio sistema representativo como um todo. [...] Em suma, é a própria democracia que se vê diminuída e deslegitimada, o que tem como consequência direta a não-identificação do cidadão com os seus representantes, a desafeição do cidadão em relação aos assuntos de interesse da *polis*. [...] Estou convencido, portanto, que no confronto aparente entre o princípio constitucional da presunção de inocência e as exigências postas pelo art. 14, parágrafo 9º da Constituição, estas devem prevalecer.²⁷⁴

A discussão travada na ADPF 144 mostra que foi levada à mais alta corte do país um caso de grande importância, conforme revela trecho do voto da ministra Cármen Lúcia:

Senhor Presidente, gostaria apenas de sinalizar que seria muito bom começarmos a colocar em seus devidos lugares e questionarmos por que este julgamento adquiriu esta dimensão, inclusive social. Penso, basicamente, serem dois motivos. O primeiro é que, a cada dia, todos nós, cidadãos brasileiros, somos afligidos com notícias de atos de absoluta falta de ética, de quebra dos princípios éticos e morais, com casos e mais casos de corrupção na Administração Pública, fato que afronta o nosso sentimento de viver com justiça em uma sociedade civilizada.

Em segundo lugar, há a morosidade do trânsito em julgado das decisões judiciais. Fossem as decisões rápidas – e isso é uma questão que se coloca – e não tivéssemos tantos casos, ninguém iria afirmar que esta Constituição não está sendo cumprida, inclusive em seu fundamento ético.

[...] todos nós, cidadãos, não aguentamos mais, todos os dias, depararmos com casos de corrupção, de falta de apreço pela coisa pública.²⁷⁵

Em que pese a urgência social de combate a esse quadro geral de corrupção, o que, ao fim e ao cabo, objetivava a AMB por meio da ADPF 144, há que se reconhecer a complexidade da causa.

²⁷⁴ ADPF 144. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 1-3.

²⁷⁵ ADPF 144. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 5-7.

Naquele momento, o fato de não haver uma lei que tipificasse os casos ensejadores de inelegibilidade em virtude da vida pregressa do candidato foi determinante para o resultado da ADPF 144. Não admitiram os ministros que os membros do Poder Judiciário usurpassem o papel do legislador, determinando em tais e quais casos os candidatos teriam a candidatura barrada em virtude da sua vida pregressa.

Nesse sentido, o voto do ministro Lewandowski, para o qual, com o acatamento do pedido da AMB, uma verdadeira norma em branco

permitiria aos juízes eleitorais determinarem a inelegibilidade de certo candidato com base em uma avaliação eminentemente subjetiva daquilo que a Constituição denomina de “vida pregressa”, a fim de proteger, segundo o alvedrio de cada julgador, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. [...] Num contexto destes, ter-se-á, quanto mais não seja, afronta ao princípio da isonomia, na medida em que os candidatos serão tratados de forma distinta segundo o critério pessoal do juiz ou dos integrantes do tribunal responsáveis pelo registro da candidatura. [...]

Melhor, então, que prevaleça, enquanto outro critério não for escolhido pelos membros do Congresso Nacional, aquele estabelecido pela lei complementar vigente, isto é, o trânsito em julgado de sentença condenatória, o qual eu penso, diante da taxatividade com que está redigido, não pode ser modificado por mera interpretação judicial, sob pena de indevida invasão da seara legislativa por parte dos magistrados.²⁷⁶

Em que pese a prevalência do argumento acima exposto para o indeferimento do pedido da AMB, alguns ministros, conforme visto, adentraram na análise propriamente dita sobre qual princípio deveria prevalecer. O ministro Celso de Mello, relator, manifestou-se claramente pela prevalência do princípio da presunção de inocência. Os ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes também se inclinaram no mesmo sentido, embora tenham pautado seus votos, sobretudo, na ausência da lei tipificadora dos casos de inelegibilidades para proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. Já os ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa partiram em defesa dos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato.

²⁷⁶ ADPF 144. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 4-5.

A norma que exauriu a regulamentação exigida pelo § 9º do art. 14 da Constituição Federal veio dois anos após o julgamento da ADPF 144.

Com o advento da nova legislação de inelegibilidades, essa questão deverá ser novamente enfrentada. Será preciso verificar se o dispositivo da Lei da Ficha Limpa que permite a restrição da capacidade eleitoral passiva com base em condenação por órgão colegiado não transitada em julgado merece lugar no sistema constitucional vigente.

O ministro Cezar Peluso, no julgamento da ADPF 144, já trazia consigo essa preocupação:

[...] o art. 14, § 9º, outorgou à lei complementar, competência normativa que só pode ser exercida nos limites da própria Constituição. Sua função é apenas tipificar casos que se ponham em conformidade com o próprio sistema constitucional, de modo que é impossível admitir a consistência de qualquer interpretação de lei complementar que, sobre matéria de inelegibilidade, contrarie, como resultar do acolhimento da presente demanda, a própria Constituição da República.²⁷⁷

O julgamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre a Lei da Ficha Limpa gera expectativa premente, haja vista o pleito de 2012 que se avizinha.

5.6 Vida ou morte à Lei da Ficha Limpa?

O presente estudo de caso tem como foco a apreciação de um problema jurídico pela Corte Suprema em dois momentos históricos: antes e depois da Lei da Ficha Limpa.

O problema jurídico, conforme visto, consiste no conflito entre dois blocos de princípios: por um lado, o princípio da presunção de inocência; por outro, os princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. Esses princípios, no presente caso, se isoladamente aplicados, levam a resultados inconciliáveis entre si. Explica-se.

Tendo-se em conta a hipótese de um indivíduo que tenha contra si condenação judicial por órgão colegiado sem a incidência do trânsito

²⁷⁷ ADPF 144. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 8.

em julgado, e estando tal condenação prevista no rol das que importam inelegibilidade: a) caso se aplique isoladamente o princípio da presunção de inocência, o candidato poderia concorrer às eleições e, se eleito, diplomado; b) caso se aplique isoladamente os princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato considerada a vida progressa, o candidato tornar-se-ia inelegível, ou seja, teria sua candidatura impossibilitada ou, se até mesmo já eleito, teria seu diploma cassado.

A apreciação antes da Lei da Ficha Limpa, ou seja, o resultado da ADPF 144, foi no sentido de não permitir a retirada da exigência do “trânsito em julgado” da então redação da Lei de Inelegibilidades.

Esse resultado pautou-se na inexistência da lei tipificadora dos casos de inelegibilidades para proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato considerada a vida progressa do candidato. Decorreu da impossibilidade de ficar ao arbítrio do julgador quais seriam as hipóteses de inelegibilidades para proteção de tais princípios.

A apreciação dessa controvérsia após a Lei da Ficha Limpa ainda não foi levada a efeito pela Corte Suprema. Trata-se de um grande desafio, posto que ocorrerá diante de um novo cenário, o de uma sociedade fortemente mobilizada em prol do combate à corrupção, sociedade que deu origem à própria lei que estará sob julgamento.

Assim, caberá ao STF responder à sociedade se a Lei da Ficha Limpa fere o sistema constitucional vigente, ou se ela consubstancia uma evolução do próprio sistema.

5.6.1 Mitos e evolução do sistema jurídico

Uma análise crítica a respeito da certa “absolutização” de alguns institutos pela cultura jurídica dominante revela que as construções que vão sendo reiteradas com o passar do tempo, ou seja, os efeitos da linguagem jurídica, influenciam no processo de construção e aplicação do direito.

Nessa esteira de análise, deve-se dar destaque às opiniões generalizadas, que são tidas como verdadeiras a partir de um processo no qual se vinculam as afirmações ao sistema de crenças dominantes. Os homens atuam e raciocinam comandados por essas crenças culturalmente institucionalizadas.²⁷⁸ Essas generalizações, reiteradas com o tempo, transformam-se em mitos, muitas vezes tidos como inquestionáveis pela cultura jurídica dominante.

Del Vecchio defende que todo dogmatismo ou apriorismo deve ser banido quando se trata de investigar e sistematizar os dados da experiência.²⁷⁹ Isso porque um evolucionismo marcado por fórmulas dogmatizadas pode alhear-se do valor dos fatos históricos, ignorando que a evolução tem um significado essencialmente lógico e dialético.²⁸⁰

A evolução, em termos gerais, indica simplesmente a continuidade de um processo, mas também pode significar mudança, o que exclui puras repetições.²⁸¹ A evolução é, sobretudo, uma hipótese e um princípio regulador que permite unificar certas experiências, mas não é nem deve ser um dogma, pois existem experiências que demonstram um andamento contrário, as quais devem ser, de preferência, interpretadas segundo um conceito antitético, ou seja, segundo o conceito de involução.²⁸²

No tocante à ideia de conciliação entre os diversos valores existentes no sistema jurídico, não se pode introduzir um critério absoluto, posto que se trata, antes, de compreender a realidade histórica nas suas efetivas causas e na relatividade que lhe é própria.²⁸³ Para Del Vecchio, “não existe conquista do pensamento humano, assim como no campo do direito, que se possa considerar definitiva e irrevogável”.²⁸⁴

Com relação aos fenômenos sociais e à história humana, ocorreram, e não poucas vezes, involuções, decadências e regressos. Falar em progresso

²⁷⁸ WARAT, 1994, p. 151.

²⁷⁹ DEL VECCHIO, 2005, p. 41.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 14-15.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 11.

²⁸² *Ibid.*, p. 10.

²⁸³ *Ibid.*, p. 24.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 28-29.

indefinido é uma mera abstração, notadamente no campo jurídico, haja vista que a vida real das leis e das instituições mostra tanto fenômenos de progresso, ou evolução, quanto de regresso, ou involução.²⁸⁵

Dessa maneira, vê-se que os institutos jurídicos, a partir do trabalho da história, podem surgir e evoluir, integrando, ampliando e reforçando as suas funções, mas também podem regredir, decair ou até mesmo morrer violentamente a partir de revoluções ou, como na maior parte das vezes, lentamente.²⁸⁶

Isso lembra o fato de que, em um dado momento histórico, as palavras têm uma determinada significação e não outra.²⁸⁷ Da mesma maneira, os institutos jurídicos, cuja força pode variar no decorrer da história. O direito, desse modo, deve ser compreendido como a manifestação simbólica da convivência social em um determinado momento histórico. Assim, a regra valorada pelo direito é variável historicamente no tempo e no espaço. Este relativismo é concretizado pela multiplicidade dos sistemas político-ideológicos.²⁸⁸

Deve-se atentar, nesse tocante, quanto ao uso de mitos para a construção de imagens fundadas num modelo de discurso ideologicamente construído. Tem-se aqui um acúmulo de significações ao longo do tempo que, viciados pela falta de historicidade, pauta-se na busca de um mundo sem contradição, na reafirmação do universo das crenças já aceitas.²⁸⁹

Em alguns casos, esses mitos podem consistir em entrave à evolução do sistema, pela falta de reconhecimento da necessidade de uma involução em nome de uma evolução mais ampla, mais condizente com o momento histórico que se vive e com as necessidades e aspirações para o futuro. Nesse sentido, o desapego a institutos até mesmo consolidados contribui para perder o medo do novo, para permitir um olhar diferente sobre o posto.

²⁸⁵ DEL VECCHIO, 2005, p. 10-11.

²⁸⁶ MANCALEONI. *L'evoluzione regressiva negli istituti giuridici*. p. 5-6 apud DEL VECCHIO, op. cit., p. 17.

²⁸⁷ WARAT, 1995b, p. 84.

²⁸⁸ WOLKMER, 2003, p. 180.

²⁸⁹ WARAT, 1994, p. 108.

As linhas precedentes lançam uma análise a respeito da mitificação do princípio da presunção de inocência. Não se pretende aqui fazer uma apurada antítese, ou seja, debruçar sobre as virtudes desse princípio (fruto das revoluções oitocentistas e considerado um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito), mas permitir um olhar crítico sobre sua possível “absolutização”, especialmente diante do novo cenário trazido pela Lei da Ficha Limpa.

É preciso deixar bem claro que o presente trabalho não pretende pôr em xeque a importância do princípio da presunção de inocência, alhures defendido no julgamento da ADPF 144. O que se questiona é se esse princípio é absoluto, como sugeriram, ainda que indiretamente, alguns ministros em seus votos.²⁹⁰ Resta saber se o princípio da presunção de inocência não poderia ceder em favor de outros princípios constitucionais, tais como o da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, ou seja, se seria ele um corolário juridicamente inquestionável.

Esse questionamento, como visto, foi lançado inicialmente por organizações da sociedade civil, tais como movimentos e associações, e foi depois chancelado pelo legislador por meio da Lei da Ficha Limpa. Cabe, assim, uma análise sobre a atuação dessas instâncias não oficiais na construção e aplicação do direito, o que a academia chama de pluralismo jurídico.

5.6.2 Pluralismo jurídico e democracia

Para que se compreenda adequadamente o desenvolvimento ou um processo de formação, é imprescindível a compreensão das diversas partes constitutivas do todo.²⁹¹

²⁹⁰ A tendência à “absolutização” do princípio da presunção de inocência remete à seguinte análise: “A expressão presunção de inocência tem um apelo retórico de exaltação às garantias e aos direitos fundamentais, e de respeito ao regime democrático”, mostrando-se uma espécie de estereótipo, na medida em que porta uma carga emotiva e persuasiva. Segundo o autor, “tudo indica que a sombra da ditadura recente ainda esteja influenciando a mente de nossos Ministros. Pois só isto explica (mas não justifica) a tendência em se presumir inocente (e tratá-lo como tal) aqueles já declarados (provisória e fundamentadamente) culpados, na contramão da unidade constitucional”. (GOMES, Renato Rodrigues. ADPF nº 144 e colisão entre democracia, moralidade e presunção de inocência: uma proposta de solução compatível com a unidade constitucional. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62754>>. Acesso em: 6 out. 2010. p. 13 e 20)

²⁹¹ DEL VECCHIO, 2005, p 11.

O desenvolvimento dos fatos históricos deve ser observado a partir do ideal que representa o seu sentido autêntico, a sua razão profunda e o seu fim último.²⁹² Isso permite lembrar que a criação permanente de novos direitos está diretamente relacionada com o grau de eficácia de uma resposta para as necessidades reivindicadas por sujeitos individuais/coletivos.²⁹³

Essa constatação reacende o fato de que a participação popular, além de forma de controle dos representantes, exerce influência na produção e na aplicação do direito. Assim, a realização mais concreta da soberania popular, que se dá por meio da participação, atravessa o universo jurídico.

Isso exige uma atenta reflexão acerca do alcance positivo, mediato e imediato dos novos movimentos sociais na construção paradigmática da nova cultura político-jurídica pluralista, subjacente à cultura jurídica formalista, dogmática e liberal-individualista analisada no capítulo 1 deste trabalho. É preciso, portanto, reconhecer a importância da participação da sociedade, participação coletiva organizada, nos processos de amadurecimento do direito.

Tem-se com isso o reconhecimento de outro paradigma cultural de validade para o direito. Trata-se de uma nova espécie de pluralismo, designado como pluralismo jurídico comunitário-participativo.²⁹⁴

O pluralismo jurídico não tem a intenção de negar ou minimizar o direito estatal, mas de reconhecer que este é apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade.²⁹⁵ Nessa senda, encontram-se, por exemplo, os movimentos sociais, que são tidos como o símbolo mais significativo de um novo sujeito histórico, personagem nuclear da ordem pluralista, fundada em outro modelo de cultura político-jurídica.²⁹⁶

²⁹² DEL VECCHIO, 2005, p. 44.

²⁹³ WOLKMER, 2001, p. 60.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 361.

²⁹⁵ Registra-se a existência de críticas e defesa de limites ao pluralismo, o que não será abordado no presente trabalho. Para conhecimento detalhado dos limites ao pluralismo, cf. WOLKMER, *op. cit.*, p. 216-231.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 120.

O pluralismo jurídico comunitário-participativo constitui um novo paradigma de validade para o direito alicerçado no reconhecimento e na legitimação de normatividades extra e infraestatais, engendradas por carências e necessidades próprias das contingências de sujeitos coletivos.²⁹⁷

Essa tendência reforça a visualização do direito como fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas. Permite a instauração de outra legalidade a partir da multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, bem como de uma legitimidade embasada nas “justas” exigências fundamentais de sujeitos sociais. Essa realidade, portanto, encara a instituição da sociedade como estrutura descentralizada, pluralista e participativa.²⁹⁸

De fato, no Estado Constitucional da democracia participativa, vislumbra-se uma multiplicidade de fatores e instâncias sociais que influenciam na produção do direito. Conforme visto, o povo não constitui apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.²⁹⁹

Nessa esteira, Häberle destaca a existência de forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional, as quais representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição. O povo, nesse contexto, atua, inicialmente, de forma difusa, mas, afinal, de maneira concertada, o que demonstra a necessidade de reconhecimento dessas forças faticamente relevantes, as quais são igualmente importantes para a interpretação constitucional.³⁰⁰

²⁹⁷ WOLKMER, 2001, p. 77.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 78.

²⁹⁹ HÄBERLE, 1997, p. 37.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 33.

A práxis, aqui, atua na legitimação da teoria, e esta na legitimação da práxis. Isso significa que, limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado, significaria um empobrecimento ou um autoengodo. Com efeito, “um entendimento experimental da Ciência do Direito Constitucional como ciência das normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes ‘não corporativos’”³⁰¹

Nesse contexto, vem a lume o conceito de abertura constitucional, o qual revela que é pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa. Isso quer dizer que a abertura constitucional permite que cidadãos e associações, por exemplo, integrem esse círculo, o que acaba por democratizar o processo interpretativo, na medida em que ele se torna aberto e público, e, ao mesmo tempo, contribui para a concretização da Lei Maior.³⁰²

Em que pese essa realidade da sociedade pluralista e participativa, não se pode perder de vista que a cultura jurídica brasileira ainda é muito influenciada pelo sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja produção transforma o direito e a justiça em manifestações estatais exclusivas.³⁰³

Ocorre que esta mesma legalidade, quer enquanto fundamento e valor normativo hegemônico, quer enquanto aparato técnico oficial de controle e regulamentação, vive uma profunda crise paradigmática, pois vê-se diante de novos e contraditórios problemas, não conseguindo absorver determinados conflitos coletivos específicos do final do século XX.³⁰⁴

Assim, o centralismo jurídico estatal montado para administrar conflitos de natureza individual e civil torna-se incapaz de apreciar devidamente os

³⁰¹ HÄBERLE, 1997, p. 34.

³⁰² CITTADINO, 2000, p. 18-19.

³⁰³ WOLKMER, 2001, p. 97.

³⁰⁴ WOLKMER, loc. cit.

conflitos coletivos de dimensão social, ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas sociais.³⁰⁵

Vê-se com isso que o problema das fontes do direito numa sociedade determinada e historicamente concreta não está mais na priorização de regras técnico-formais e na completude de ordenações teórico-abstratas, porém na dialética de uma práxis do cotidiano e na materialização normativa comprometida com a dignidade de um novo sujeito social.³⁰⁶

Essa mudança paradigmática remete a uma nova concepção de juridicidade, conforme dispõe Wolkmer:

A partir de interesses cotidianos concretos e necessidades históricas, internalizadas por sujeitos sociais que têm consciência, percepção, sentimento, desejo e frustrações, emerge nova concepção de juridicidade que não se identifica com os direitos estatais consagrados nos códigos e na legislação dogmática. Impõe-se, assim, não mais um direito desatualizado, estático, ritualizado e equidistante das aspirações da coletividade, mas direitos vivos referentes à subsistência, à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho, à segurança, à dignidade humana.³⁰⁷

O pluralismo, enquanto prevalência de corpos sociais, encontra-se articulado contra o “estatismo” e o “individualismo”. Compreende a liberdade humana coletiva e individual, definida pela harmonia recíproca entre os valores pessoais e os valores do grupo, sintetizada pela equivalência democrática de corpos sociais autônomos e pessoas livres. Trata-se, na integração fraterna e democrática, de valores intercalados entre a variedade e a unidade.³⁰⁸

5.6.3 Regime da Lei da Ficha Limpa

A inoperância do sistema punitivo em face daqueles que se valem do mandato eletivo para práticas escusas, para o que concorre a existência de institutos como o do foro privilegiado, somada à morosidade no julgamento

³⁰⁵ WOLKMER, 2001, p. 97.

³⁰⁶ Ibid., p. 153.

³⁰⁷ Ibid., p. 157-158.

³⁰⁸ GURVITCH, Georges. *La declaration des droits sociaux*. New York: La Masion Française, 1944, p. 66-67. *apud* WOLKMER, op. cit., p. 174.

das ações judiciais, tem gerado uma reação sem precedentes na sociedade brasileira. É que a espera pelo trânsito em julgado tem, em termos práticos, contribuído para um quadro geral de impunidade, com a consequente permanência de políticos corruptos no poder.

Em momentos de grande descontentamento, vê-se a possibilidade e, em certo sentido, mesmo a necessidade, de subversões sociais. Isso decorre do fato de que nem sempre as aspirações e necessidades dos povos se identificam com as suas leis ou com as práticas reiteradas pelas instâncias oficiais de poder. Decorre ainda da deficiência por parte da máquina estatal em dar efetivas respostas às necessidades e aos anseios da sociedade.

A consolidação do pluralismo passa por muitas críticas, haja vista a cultura marcada pela prevalência, ou até mesmo busca pela hegemonia, dos mecanismos tradicionais do poder constituído. No sentido oposto, está a sociedade contemporânea, formada por cidadãos cada vez mais conscientes e conectados entre si, que, lutando por novos direitos ou contestando o posto, geram conflitos, os quais podem ser determinantes para a evolução do sistema.

Certamente que inúmeras doutrinas legais foram dogmatizadas a partir dessa incorreta junção entre a totalidade do poder e o Estado. A análise do fenômeno do poder sob o ângulo dos chamados “fatores extrajurídicos” ou de uma visão ampliada e interdisciplinar foi negligenciada. Há que se reconhecer os elementos dinâmicos e reais do poder inerentes às relações sociais, bem como à correlação de forças entre classes ou grupos sociais.³⁰⁹

Por trás de todo e qualquer poder, seja ele político ou jurídico, subsiste uma condição de valores consensualmente aceitos e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada comunidade. Tendo em vista a estreita relação entre direito e poder político, torna-se essencial que a ordem legal, que organiza e justifica o exercício do poder de uma sociedade, venha a ser justa e moralmente compartilhada pelos membros da comunidade.³¹⁰

³⁰⁹ WOLKMER, 2003, p. 75.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 80.

Paulo Bonavides, em sua análise sobre as modalidades básicas de constituição, sob o ponto de vista histórico, revela que as constituições populares ou democráticas são aquelas que se apoiam no consentimento dos governados e traduzem a vontade soberana do povo. Trata-se da legitimação do sistema representativo consagrado pela vontade dos cidadãos.³¹¹

Essa passagem remete ao que seja fonte do direito no âmbito da sociedade pluralista:

Fonte, no âmbito do direito, traduz os diferentes modos de sua formação e as múltiplas expressões de seu conteúdo histórico na realidade social. Daí que a fonte primária do direito não está na imposição da vontade de uma autoridade dirigente nem de um poder legiferante ou de uma criação iluminada de magistrados onipotentes, mas, essencialmente, na dinâmica interativa e espontânea da própria sociedade humana. Assim, a fonte jurídica por excelência encontra-se interligada às relações sociais e às necessidades fundamentais desejadas, inerentes ao modo de produção da vida material, subjetiva e cultural.³¹²

De fato, o poder pode ser impulsionado pela força física representada pelos aparatos institucionalizados que fazem valer suas decisões, mas também pode decorrer da legitimidade fundada no consenso, advinda da maior parte do corpo social. Na perspectiva da legitimidade, o poder é aquela capacidade ou possibilidade de ação que se processa enquanto função dos valores e normas aceitáveis para a sociedade.³¹³

Essa assertiva leva à reflexão acerca da legalidade e da legitimidade. Legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva, ao passo que a legitimidade incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. Acima de tudo, a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as acepções do justo, advogadas pela coletividade. O processo de legitimação, assim, manifesta-se não por temor ou obediência, mas porque os atores sociais reconhecem tal condição como boa ou justa.³¹⁴

³¹¹ BONAVIDES, 2008, p. 89.

³¹² WOLKMER, 2001, p. 151-152.

³¹³ Id., 2003, p. 74.

³¹⁴ Ibid., p. 81-82.

A legitimidade, principalmente quando referente ao direito, encontra seu substrato numa autoridade decorrente de padrões e princípios histórico-culturais que tenham sido adotados pelo todo ou pelo grupo social destinatário do direito positivado.³¹⁵ A respeito da legitimidade numa “cultura jurídica pluralista, democrática e participativa”, lembra Wolkmer:

A construção crítica de uma legitimidade democrática que venha a fundamentar o poder político e o direito justo parte do deslocamento da antiga lógica da legitimação, calcada na legalidade tecno-formal, para uma legitimidade formada no justo consenso da comunidade e num sistema de valores aceitos e compartilhados por todos. [...] Numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como “reais”, “justas” e “éticas”.³¹⁶

Defato, a democracia semidireta, que erige mecanismos constitucionais de controle da ordem política mediante a manifestação direta do povo, possibilita ao corpo social a transmissão de uma nova mensagem de valores de maneira mais efetiva, como a que se viu diante da iniciativa popular que culminou na Lei da Ficha Limpa, quando a sociedade deixou bem clara a sua exigência por ética e moralidade nos quadros da classe política brasileira.

A Ficha Limpa provou, de forma inequívoca, que a sociedade, organizada e mobilizada, é capaz de aperfeiçoar a democracia brasileira. Trata-se de uma lei vivificadora da Constituição, uma vez que torna palpáveis as promessas nela contidas a respeito da proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato eletivo.³¹⁷

No concernente à história humana, pode-se observar que a consciência dos fins, adquirida pelos indivíduos e pelos povos no curso da evolução, torna-se fator da própria evolução e, geralmente, concorre para encaminhá-la mais diretamente àqueles fins. [...] Quanto mais inequívoca e forte é a adesão à lei interior que destina a cada ente a sua missão, menores são as tergiversações e flutuações do processo, mediante o qual aquela lei se cumpre.³¹⁸

³¹⁵ GRAU, EROS Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p. 51. *apud* WOLKMER, op. cit., p. 87.

³¹⁶ WOLKMER, op. cit., p. 88-89.

³¹⁷ REIS, 2010, p. 21; 27.

³¹⁸ DEL VECCHIO, 2005, p. 37.

Não se trata aqui de pôr a nova legislação de inelegibilidades como a tábua da salvação de todos os problemas brasileiros. Entretanto, não se pode olvidar que a possibilidade de realização da vontade constitucional por meio do exercício da cidadania constitui uma grande fonte de motivação, gera uma “onda de positividade”³¹⁹ dentro da sociedade por tempos melhores, mais justos.

Na verdade, o povo, ao conclamar por ética na política, nada mais quer que a coerência entre o dever-ser e o ser. A inelegibilidade decorrente da vida pregressa do candidato a cargo eletivo constitui, assim, uma das formas de aproximação entre a realidade e as aspirações sociais, na medida em que obsta que candidatos cujo passado denotem improbidade ou falta da necessária moralidade ascendam ao poder como representantes do povo.

Não se pode ignorar que, ao lado de uma concepção da Constituição em seu aspecto formal e jurídico, existe a Constituição de natureza basicamente material, sociológica. Vê-se uma impossibilidade de serem incomunicáveis, não se podendo separar o mundo do ser do mundo do dever-ser. Se assim fosse, estar-se-ia diante da falência jurídica das constituições, reduzidas a mera ilusão, minadas pelos casuísmos do poder.³²⁰

O advento da Lei da Ficha Limpa constitui um grande exemplo apto a selar a ideia de Bonavides de que

a história do Brasil revela a presença da vontade de uma camada humana que, resistindo, decidindo ou fazendo a mudança, dispôs de uma parcela do poder e exprimiu o conceito de povo, como titular ativo da participação em diferentes épocas, mostrando que o povo, do ponto de vista político, é o elemento que intervém na formação da consciência nacional.³²¹

As linhas precedentes conduzem a um pensar sobre a atuação do Poder Judiciário no contexto das sociedades contemporâneas, abertas e pluralistas. Conforme visto no capítulo 1 deste trabalho, o modelo do

³¹⁹ Expressão utilizada para tratar da positividade decorrente de conquistas advindas do efetivo exercício da cidadania. (RESENDE, 1992, p. 90).

³²⁰ BONAVIDES, 2008, p.323.

³²¹ Id., 2010, p. 308.

Estado de Direito Clássico já não se mostra suficiente para atender as novas demandas decorrentes da complexidade dessas sociedades.

O ideal da pureza metodológica do direito e da neutralidade ideológica do intérprete não mais encontra guarida no contexto em que se vive, fruto dos processos dialéticos que se desenvolveram ao longo da história e permitiram a mudança paradigmática do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais (ou, no foco aqui delineado, para o Estado Constitucional da Democracia Participativa).³²²

Com efeito, a sociedade contemporânea, marcada pelos pluralismos político e jurídico, exige o reconhecimento de que o direito não é estático, a-histórico, apolítico, tampouco construído sem a participação da sociedade. Nesse sentido, cabe a fala de Warat:

É pouco plausível o uso do direito como formador do sentido democrático de uma sociedade, se ele não admite o valor positivo do conflito, se escamoteia, em nome de uma igualdade formal e perfeita, as desigualdades econômicas e culturais, se esquece que a lei é sempre expressão de interesses e de práticas de poder.³²³

A complexidade da sociedade hodierna, na qual os indivíduos encontram-se cada vez mais conectados em busca da efetivação dos seus direitos, contribui para a consolidação da ideia da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, formulada por Peter Häberle.³²⁴ Cabe lembrar que essa nova concepção demonstra a necessidade de um alargamento do círculo de intérpretes da Lei Fundamental, “para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional”.³²⁵

Vê-se, com isso, que a participação da sociedade, para além do político, perpassa o jurídico, exigindo uma nova postura por parte daqueles

³²² Cf. primeiro capítulo.

³²³ WARAT, 1994, p. 22.

³²⁴ Cf. tópico 2.2.2.

³²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil*. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discHaberle.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2011, p. 2.

encarregados de aplicar a Constituição e as leis. Isso fica bem claro ao se constatar que os conflitos, cada vez mais, deixam de ter a proporção e a perspectiva de serem conflitos individuais e passam a se tornar conflitos conjunturais, coletivos, associativos, difusos, transindividuais, motivando o colapso das formas tradicionais de se atenderem a demandas para as quais somente se conheciam mecanismos típicos do Estado de Direito Clássico, estruturado sobre as categorias do individual.³²⁶

Dentro dessa ideia, cabe um repensar da postura de proteção mais voltada para a esfera individual, consoante destaca Cittadino:

Uma visão comunitária da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual. Em outras palavras, os direitos fundamentais não mais podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, “antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir”.³²⁷

A mesma autora lembra ainda que, para além da proteção da esfera individual, que é marca do constitucionalismo liberal, a Constituição é tida como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores.

Há, portanto, uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela constituição, cujo sentido jurídico, conseqüentemente, só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva. [...] Ou seja, o objetivo primordial da constituição é a realização dos valores que apontam para o exigir da comunidade.³²⁸

Dessa maneira, no contexto de um espaço dialético, atravessado por confrontos, deslocamentos e rupturas, deve-se pensar o fenômeno jurídico enquanto instrumento de direção e possibilidades, para o que se faz necessária uma ordenação emancipatória. Nesse contexto, caberia ao Judiciário democraticamente espelhar “as diretivas da sociedade civil em expansão”, mostrando-se, com isso, um Judiciário orgânico, dialeticamente

³²⁶ BITTAR, 2005, p. 173.

³²⁷ CITTADINO, 2000, p. 17.

³²⁸ *Ibid.*, p. 16.

compromissado na implantação de um novo sistema sociopolítico, tipificado pela reabsorção da sociedade política pela sociedade civil.³²⁹

Propõe-se, dentro do contexto da sociedade pluralista, uma hermenêutica crítica que, ao questionar os postulados da ciência e da filosofia jurídica tradicionais, possibilite a desmistificação do saber ideológico tradicional e do saber jurídico dogmático. Converge, nesse sentido, o florescimento de uma nova cultura jurídica nos marcos de um pluralismo comunitário-participativo fundado na legitimidade de novos sujeitos coletivos.³³⁰

Na hermenêutica crítica, o jurista, mesmo quando estuda e interpreta determinado sistema jurídico positivo, não deve jamais limitar-se à letra de disposições isoladas, mas traduzir o espírito do sistema. Essa preferência pelo espírito em face da letra é necessária para a evolução do direito.³³¹

A moderna interpretação constitucional, assim, está intimamente ligada à perspectiva diacrônica na aplicação do direito, ao reconhecimento de que

Ao juiz compete a função política de transformar os parâmetros tradicionais da instância dogmática e formalista do direito, de modo a apreciar as reais necessidades fundamentais da vida social. Da mesma maneira, compete ao juiz adequar a satisfação das necessidades fundamentais de novos sujeitos sociais aos recentes pressupostos paradigmáticos de valoração jurídica emancipadora. [...] Em suma, a atividade do juiz-cidadão enquanto principal operador jurídico está mais do que nunca comprometida com o alargamento dos espaços democráticos da justiça e do direito.³³²

Para tanto, cabe ao operador do direito atuar numa perspectiva crítica da sociedade, intervindo no saber jurídico acumulado, com vistas à transformação da sociedade.³³³ Cabe aqui o que Warat chama de “leitura sintomática do senso comum teórico”,³³⁴ que conduz a um olhar crítico sobre os mitos dogmáticos cristalizados no decorrer dos processos de criação, interpretação e aplicação

³²⁹ WOLKMER, 2003, p. 195.

³³⁰ *Ibid.*, p. 202-203.

³³¹ DEL VECCHIO, 2005, p. 60-62.

³³² WOLKMER, *op. cit.*, p. 187-188; 190.

³³³ WARAT, 1979, p. 21.

³³⁴ *Ibid.*, p. 24.

do direito, possibilitando a sua não reiteração. Essa “política de análise” permite “escutar o decretado como indizível pelo instituído”.³³⁵

O Poder Judiciário tem importância elementar não só na atuação como a última instância concretizadora dos direitos fundamentais, mas também como na contribuição para o desenvolvimento da democracia em seu sentido mais amplo. Isso revela a grande responsabilidade da Corte Suprema na temática do combate à corrupção, posto que, conforme explicitado no capítulo 3 do presente trabalho, a corrupção não somente constitui entrave à realização dos direitos fundamentais como também corrói o próprio sistema democrático, deturpando por completo a essência do sistema representativo.

Se a vivência hodierna retrata um contexto de profundas mudanças nos comportamentos sociais, nas ambições populares, nas regras sistêmico-sociais, na carga de valores cultuados pela sociedade, é inevitável que essa teia de complexidade não se estique até o âmbito da prática do direito, podendo inclusive gerar algum tipo de crise no universo jurídico.³³⁶

Crise, tomando emprestadas as ideias do Del Vecchio³³⁷, pode, antes de denotar regresso, consubstanciar um progresso mais amplo. Nesse sentido, cabe lembrar as palavras de Mendes: “se a Constituição quiser preservar sua força regulatória, em uma sociedade pluralista, ela não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como projeto em contínuo desenvolvimento”.³³⁸

Trata-se, ao fim e ao cabo, do reconhecimento da perspectiva diacrônica não só na criação, mas também na aplicação do direito. Tendo em vista as respostas que cabe ao Estado dar aos cidadãos, exige-se não só do legislador, mas também do julgador, que dê respostas efetivas para os prementes problemas existentes na sociedade, os quais variam no tempo, devendo o Poder Judiciário, com destaque

³³⁵ WARAT, 1995b, p. 110.

³³⁶ BITTAR, 2005, trecho do texto constante da 3ª capa.

³³⁷ Sobre evolução e involução do sistema jurídico, cf. tópico 5.6.1.

³³⁸ MENDES, 2009, p. 3.

para o Supremo Tribunal, acompanhar as transformações sociopolíticas da sociedade de modo a não apartar o ser do dever-ser.

Observa-se que a Lei da Ficha Limpa, dado o contexto do seu surgimento, permite vislumbrar um regime de mais efetiva participação social, que se lança sobre a atuação não só dos parlamentares e governantes, como também do Poder Judiciário. Observa-se, com isso, uma perspectiva crítica de setores organizados da sociedade sobre as instâncias oficiais do poder.

O clima participativo da sociedade brasileira no combate à corrupção finca seus olhares especialmente sobre o STF. A sociedade apreciará atentamente o julgamento a respeito do conflito entre o direito fundamental à presunção de inocência e o “Direito Fundamental à Moralidade das Candidaturas”³³⁹

O desafio estará em discutir o hoje, claramente com vistas ao amanhã, sem perder de vista o ontem,³⁴⁰ entendendo-se por ontem, *in casu*, as conquistas do Estado de Direito Clássico, com destaque ao postulado da presunção de inocência.

6 Conclusão

A Lei da Ficha Limpa consiste num marco histórico de participação do povo brasileiro enquanto poder político. Um povo capaz de movimentar a máquina estatal no sentido de suas aspirações. Trata-se de forte exemplo da democracia participativa nas sociedades contemporâneas.

A nova lei ousa ao desafiar um corolário tido como inquestionável por grande parcela do universo jurídico: a cláusula garantista da presunção de inocência. Daí o receio social diante da possibilidade de “morte da Lei”, uma vez que terá sua constitucionalidade apreciada no Supremo Tribunal Federal, a quem caberá a conciliação entre a busca por novos tempos e as conquistas pretéritas.

³³⁹ Expressão utilizada para designar que, da mesma maneira que os indivíduos têm o direito de candidatar-se, todos os indivíduos, inclusive estes, têm o direito de ter representantes que estejam a serviço da coisa pública. (DIAS JUNIOR, 2010, p. 247).

³⁴⁰ BITTAR, 2005, trecho do texto constante da 3ª capa.

A análise da mudança paradigmática do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais permitiu visualizar o império de novas respostas do direito diante da complexidade e pluralismo da sociedade hodierna, devendo o direito se desenvolver ao longo do tempo para acompanhar a evolução das sociedades e dar respostas às suas necessidades.

Em que pesem as grandes conquistas do Estado de Direito Clássico, a História revela que a sua estrutura já não se mostrava suficiente à sociedade contemporânea pluralista, tendo em vista a sua complexa teia de problemas políticos, econômicos e sociais. Isso decorre, sobretudo, do caráter predominantemente estático e formalista daquela concepção de Estado.

A compreensão dessa temática permitiu visualizar a existência de resquícios desse modelo nos momentos atuais, tanto no que diz respeito às suas virtudes quanto às suas deficiências. Merece especial destaque, aqui, a constatação de que o uso reiterado de conceitos, valores e práticas pela cultura jurídica dominante pode redundar na criação de dogmas absolutos, via de regra marcados pela falta de historicidade.

Deve-se ter em conta, ainda, a intrínseca ligação entre direito e poder, o que pode revelar o uso do direito como ideologia pelas forças políticas. Tal uso pode decorrer da tentativa de manutenção do estabelecido, ou seja, da resistência a mudanças, bem como de alterações do sistema que privilegiem os interesses de determinadas parcelas da sociedade.

No contexto da realidade oitocentista, o apego às ideias da pureza metodológica - que resume o direito ao direito posto, apartando, assim, conceitos ligados à sociologia, à justiça, à moral, à política - e da neutralidade ideológica do operador do direito serviram para legitimar a ordem posta, criando, com isso, óbices a um olhar diferente.

O afastamento do sistema jurídico do sistema social no qual está inserido acabou por gerar uma mera igualdade formal perante a lei, para o que eclodiram as lutas históricas em busca da igualdade material por meio da

realização de direitos, sendo que o trilhar dessas lutas evidencia justamente a passagem do Estado de Direito Clássico para o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais.

Essa mudança paradigmática deve-se, em grande medida, ao reconhecimento da relação entre direito e ideologia, para o que se faz necessário um olhar crítico que permita ver o caráter dinâmico dos fenômenos políticos e jurídicos. O que a História revela, assim, é uma perspectiva diacrônica da formação do direito, consubstanciada, sobretudo, nas buscas de realização dos direitos humanos, para o que foi determinante a participação da sociedade.

O crescimento da participação popular ao longo da história causou reflexos sobre os universos jurídico e político. Na realidade da democracia participativa, a participação do povo não se reduz às eleições periódicas, mas à própria construção do direito, uma vez que são, ao fim e ao cabo, os seus destinatários. Com isso, o povo passa a exercer influência, direta ou indiretamente, enquanto poder político.

Bem demonstra isso o gradativo crescimento da participação popular na sociedade brasileira, selada com o advento da Constituição Federal de 1988. De fato, a Carta Política contemplou possibilidades de efetiva participação das instâncias “não oficiais” no poder, por meio de institutos como ação popular, mandado de injunção, projetos de lei de iniciativa popular.

A ampliação da base democrática do poder revela-se especialmente importante em contextos de crise de legitimidade das instituições representativas, o que faz emergir iniciativas por parte da sociedade. Trata-se de participação como forma de controle do poder pelo poder, que emerge, sobretudo, em caso de “choque” entre o que o representado demanda e o que representante realiza. Bem exemplifica essa assertiva o caso da “Campanha Ficha Limpa”, pelo fato de o legislador ter demorado 16 anos para aprovar os casos de inelegibilidades em razão da vida pregressa, inserida no texto

constitucional em 1994 e somente regulamentada em 2010. Essa inércia gerou a reação da sociedade, que, mediante elevada pressão, provocou a aprovação da Lei da Ficha Limpa.

O anseio social por ética e transparência no exercício do poder, somado às iniciativas da sociedade civil organizada e à massificação do uso das redes sociais, permite vislumbrar uma nova realidade da sociedade brasileira, de um povo que caminha no sentido de participar das decisões políticas e de fiscalizar a atuação das instâncias oficiais de poder.

A emergência dos sujeitos participativos ganha especial relevo diante do quadro de crise das instituições políticas, gerado pela falta de apreço pela coisa pública, quando se deveria ter representantes dando cumprimento à sua função constitucional de verdadeiros representantes do povo.

Na defesa dos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, os governados buscam do Estado o cumprimento do dever que lhe cabe, exigindo dos representantes que pautem sua atuação em nome do interesse público. Com isso, a sociedade mostra que já não admite o descompasso entre o ser e o dever-ser, bem como o distanciamento entre o sistema jurídico e a realidade social.

Trata-se de um reavivamento das bases da democracia representativa: deve o representante governar em nome do povo e para o povo, que é o verdadeiro detentor do poder. De fato o anseio social por moralização na política brasileira encontra suas bases no direito que os cidadãos têm de dispor de representantes que estejam a serviço dos maiores interesses da coletividade.

A sociedade ter representantes e governantes que zelem pela probidade e pela moralidade no exercício da função pública constitui premissa para o fiel cumprimento do fim último do Estado e do Direito, qual seja, a concretização dos seus objetivos fundamentais e a realização do bem-estar social mediante o desenvolvimento contínuo que se pauta na busca de uma sociedade cada vez menos desigual.

A consciência das questões até então formuladas são essenciais para a efetiva e constante busca pela concretização dos objetivos fundamentais consignados no art. 3º da Carta Política de 1988, consistindo a corrupção num entrave a esse ideal. É que a corrupção traz um elevado custo social, na medida em que impacta diretamente a concretização dos direitos fundamentais e ofende a essência do próprio princípio democrático.

A Lei da Ficha Limpa surge, assim, com o ideal de depuração dos quadros políticos do país. Busca impedir a chegada ao poder de indivíduos cuja vida pregressa não coadune com os preceitos da probidade e da moralidade, não sendo mais necessária a espera do trânsito em julgado da decisão judicial, mas tão somente a condenação por órgão colegiado.

O debate reavivado pela Lei da Ficha Limpa já havia ocorrido em 2008, quando do julgamento da ADPF 144. Nessa ação, discutiu-se sobre a possibilidade de se afastar a exigência do trânsito em julgado para tornar o candidato inelegível, mesmo sem a existência da lei tipificadora dos casos de inelegibilidades em virtude da vida pregressa do candidato. A inexistência dessa lei foi determinante para o resultado da ADPF 144, quando foi mantida a exigência do trânsito em julgado.

A maioria dos argumentos utilizados pelos ministros para o indeferimento do pedido na ADPF 144 foi superada pela simples existência da Lei da Ficha Limpa, que trouxe as tipificações acima referidas, persistindo somente o argumento da incompatibilidade do pedido com o princípio constitucional da presunção de inocência.

De fato, é necessário perquirir quais os fundamentos que podem ou não legitimar a frustração da pretensão eleitoral de um cidadão, haja vista que esse cidadão é o mesmo indivíduo que tem direitos individuais garantidos pelo Estado. Assim, no conflito entre o seu direito individual a fazer uso da capacidade eleitoral passiva e o seu próprio direito, bem como de todo o corpo social, de ter representantes cuja vida pregressa denotem idoneidade, o que deve prevalecer?

Da leitura dos votos proferidos por alguns ministros na ADPF 144, depreende-se uma certa “absolutização” do princípio da presunção de inocência. O questionamento dessa mitificação não põe em xeque a importância do postulado, fruto das conquistas oitocentistas, mas questiona se, no presente momento histórico, cabe a ideia de tê-lo como um corolário juridicamente inquestionável.

Ao se considerar que a aplicação de um instituto jurídico pode variar conforme o momento histórico, fica difícil conceber a existência de construções intocáveis no direito. Impera, desse modo, a leitura dos institutos jurídicos no decorrer do tempo, o reconhecimento do seu caráter dialético, haja vista que “o direito é um fenômeno social, histórico e concreto que somente pode ser entendido questionando-se a realidade social e o processo histórico em que ele se manifesta”³⁴¹. Isso leva à necessidade, no seio da sociedade pluralista, democrática e participativa, do reforço a uma nova cultura jurídica. Para tanto, é preciso o desapego a dogmas absolutos de modo a tornar possível uma nova visão, passando, desse modo, de uma “concepção jurídica do mundo para uma concepção social-histórica do direito”³⁴².

O Regime da Lei da Ficha Limpa revela-se como um momento de crise paradigmática que deve ser aproveitado como uma oportunidade de se refletir sobre os valores postos, permitindo, assim, um olhar novo com a consequente incorporação de novas práticas no sistema.

Destaca-se, nesse contexto, a importância que o Poder Judiciário exerce, não só na atuação como a última instância concretizadora dos direitos fundamentais, como também na contribuição para o desenvolvimento da democracia em seu sentido mais amplo, para o que parece ser incontestável a necessidade de ética por parte daqueles investidos pelo mandato popular.

Ao se considerar que a sociedade, desde muito, vive uma busca pela moralização na política, e que esta consubstancia o próprio princípio democrático, a mitigação do princípio da presunção de inocência não

³⁴¹ WOLKMER, 2003, p. 155.

³⁴² Expressão utilizada pelo Luiz Alberto Warat (WARAT, 1995b, p. 108).

pode ser *a priori* expurgada. Deve-se ter em conta a realidade da sociedade aberta e pluralista, onde se vê um processo democrático de interpretação constitucional. Tal postura decorre do entendimento de que a dimensão diacrônica do direito deve se revelar não somente na sua formação, como também na sua aplicação. Decorre da constatação que direito não é estático, apolítico, a-histórico, tampouco construído sem a participação da sociedade.

O advento da legislação de inelegibilidades em razão da vida pregressa do candidato é um marco na história político-jurídica do Brasil. Reafirma a tendência do sistema jurídico brasileiro no sentido da moralização dos quadros políticos, vista com a evolução da Legislação Eleitoral e da atuação da Justiça Eleitoral.

Hoje está posto o desafio de conciliar o nobre sentido e a aspiração por ética na política, cujo ápice se deu na Lei da Ficha Limpa, com preceitos basilares do Estado democrático, tais como os direitos individuais. O julgamento a respeito da possibilidade de mitigação do princípio da presunção de inocência ocorrerá diante de um novo cenário, o de uma sociedade fortemente mobilizada em prol do combate à corrupção, sociedade que deu origem à própria lei que estará sob julgamento. Assim, caberá ao Supremo responder à sociedade se a Lei da Ficha Limpa fere o sistema constitucional vigente ou se ela consubstancia uma evolução do próprio sistema.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 set. 2010.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e

determina outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF, 21 mai. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm >. Acesso em: 17 set. 2010.

BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF, 7 jun. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 17 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 144. Associação de Magistrados Brasileiros. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 06 ago. 2008. *Diário de Justiça da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, DJe-035, de 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>. Acesso em: 17 set. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. 2004. *Revista Buscalegis [on-line]*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/31274/30571>>. Acesso em: 18 set. 2010.

BIGNOTTO, Newton. Corrupção e Estado de Direito. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 82-85.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Paulo. *Teoria do Estado*. 7. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. *Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen*. 1984. Disponível em: <<http://www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>>. Acesso em 16 abr. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

DE ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares. Pertencimento do Mandato. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 180-182.

DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.

DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. 4. Ed. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. *Pobreza política – Polêmicas de nosso tempo*. São Paulo: Editora Autores Associados, 1996.

DIAS JUNIOR, Jose Armando Ponte. *Elegibilidade e moralidade: direito fundamental a moralidade das candidaturas*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Dicionário*. Lisboa, 2010. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=diacronia>>. Acesso em: 15 set. 2011.

FERREIRA, José Valmir. *Inelegibilidade em razão da vida pregressa dos candidatos*. 2008. 59 f. Trabalho de conclusão do curso de especialização em Direito Constitucional Eleitoral, Universidade de Brasília – UNB, Faculdade de Direito, Brasília, 2008.

FREIRE, Paulo. *Política e educação*. Coleção Questões de Nossa Época, n. 23, 5. Ed. São Paulo: Cortez, 2001.

G1 O PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. *Eleições 2010*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/05/ficha-limpa-e-o-quarto-projeto-de-iniciativa-popular-se-tornar-lei.html>>. Acesso em: 19 ago. 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Renato Rodrigues. ADPF nº 144 e colisão entre democracia, moralidade e presunção de inocência: uma proposta de solução compatível com a unidade constitucional. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62754>>. Acesso em: 6 out. 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e cidadania*. São Paulo: Uniletras, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição do Estado Constitucional*. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdi%c3%a7%c3%a3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil*. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discHaberle.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2011.

MESQUITA JÚNIOR, Geraldo. *Os filósofos da política: iluminismo, a filosofia da ilustração*. Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: <<http://www.senado.gov>>.

br/senadores/senador/geraldomesquita/Textos/cursos/UniV_Filosofos%20.pdf>.
Acesso em: 11 out. 2011.

MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *Reforma política*: texto da proposta. Brasília, 2011. Disponível em: <http://mcece.org.br/sites/default/files/Proposta_Reforma_Politica.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/Colombia, 2002.

PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Brasília: Editora UnB, 2000.

REIS, Marlon Jacinto; CASTRO, Edson de Resende; DE OLIVEIRA, Marcelo Roseno (Org.). *Ficha Limpa*. Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010. Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. São Paulo: Edipro, 2010.

RESENDE, Ênio J. *Cidadania: o remédio para as doenças culturais brasileiras*. São Paulo: Summus, 1992.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Institucional*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional>>. Acesso em: 2 out. 2011.

_____. *Glossário Eleitoral Brasileiro*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/hotSites/glossario-eleitoral/index.html>>. Acesso em 17 ago. 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis, SC: Ed. da UFSC, 1983.

_____. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei. Temas para uma reformulação*. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. v. 1.

_____. *Introdução geral ao direito: epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995a. v. 2.

_____. O senso comum teórico dos juristas. In: _____. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

_____. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995b.

TITULARIDADE DO MANDATO ELETIVO: DO PARTIDO POLÍTICO OU DA COLIGAÇÃO PARTIDÁRIA?

Patricia Cristina de Carvalho Franklin

Resumo

A titularidade do mandato eletivo é tema de destaque no cenário jurídico-político brasileiro. O Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou recentemente, em postura de ativismo judicial, a questão da titularidade do mandato eletivo em caso de infidelidade partidária, construindo uma jurisprudência que acabou por se tornar fundamento para uma nova questão a respeito da ordem de convocação do suplente em caso de vacância regular do cargo eletivo. O presente estudo é direcionado a esclarecer se a tese jurídica, construída nos famosos mandados de segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, que tratam da titularidade do mandato eletivo em caso de infidelidade partidária, pode ser fundamento jurídico para a decisão que visa solucionar a controvérsia sobre a ordem de convocação dos suplentes em ocorrendo vacância do cargo eletivo. A doutrina, os diplomas legais e diversos precedentes jurisprudenciais foram utilizados como metodologia de pesquisa. Ao final, realizou-se análise de casos concretos, os quais foram inspiradores do presente trabalho. Com efeito, foi observado que a jurisprudência do STF diverge da ordem de convocação do suplente, se a vaga decorrente da vacância do mandato parlamentar deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária, ou apenas na ordem de suplentes pertencentes ao próprio partido político ao qual pertencia o antigo parlamentar. Restou constatado, assim, a necessidade de o STF avaliar com mais sensatez quando tiver que discutir a questão em plenário, interpretando a lei dos partidos políticos em consonância com os princípios constitucionais, de modo a confirmar a tese construída no pleito cautelar do mandado de segurança nº 30.380, pacificando a sua jurisprudência no sentido de que se considere a ordem de votação obtida pela coligação partidária na proclamação das eleições e na diplomação dos suplentes.

Palavras-chave: Partidos políticos. Coligações partidárias. Mandato eletivo.

Abstract

The holding of elective office is a prominent theme in the Brazilian legal and political landscape. The Supreme Court recently faced, in the posture of judicial activism, the question of ownership of an elective office in case of infidelity party, building a case that eventually became the basis for a new question about the order to convene the alternate in case of vacancy regular the elective office. This study is intended to clarify the legal interpretation is built on the famous injunctions n. 26.602, 26.603 and 26.604, which deal with the ownership of an elective office in case of infidelity party, may be legal grounds for the decision to settle the dispute on the order of convocation of the vacancy occurring in alternates elected office. The doctrine, the legal texts and various legal precedents were used as research methodology. At the end, we carried out analysis of concrete cases, which were inspirational to this work. Indeed, it was noted that the jurisprudence of the STF is divergent with respect to the question of the order to convene the alternate, if the vacancy caused by the parliamentary office vacancy must be filled from the list of deputies belonging to the coalition party, or just the order of deputies belonging to his own political party to which belonged the old parliament. Remains found, thus the need for the Supreme Court to act more wisely when you have to discuss the issue on the floor, playing the law of political parties in line with constitutional principles, in order to confirm the theory constructed in the election injunction of the writ of mandamus n. 30.380, pacifying its case in order to consider the order of votes obtained by party coalition in the elections and the proclamation of the alternate graduation.

Keywords: Political parties. Coalitions. Elective office.

1 Introdução

A lei orgânica dos partidos políticos exige que os brasileiros natos e naturalizados que gozam de direitos políticos e pretendem se candidatar a um cargo eletivo filiem-se a uma determinada agremiação partidária, no mínimo, um ano antes das eleições. Tendo em vista a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade, parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torne-se condição imprescindível para a manutenção do próprio mandato.

A titularidade do mandato eletivo é tema de destaque no cenário jurídico-político brasileiro. O STF enfrentou, recentemente, em postura de ativismo judicial, a questão da titularidade do mandato eletivo em caso de infidelidade partidária, construindo uma jurisprudência que acabou por se tornar fundamento para uma nova questão a respeito da ordem de convocação do suplente em caso de vacância regular do cargo eletivo.

Atualmente, a jurisprudência do STF diverge da ordem de convocação do suplente: a vaga decorrente da vacância do mandato parlamentar deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária, ou apenas na ordem de suplentes pertencentes ao próprio partido político ao qual pertencia o antigo parlamentar?

Investigar a natureza da representação política, a importância dos partidos políticos na democracia semidireta, pesquisar a validade da formação das coligações partidárias e os efeitos dos seus atos após o processo eleitoral, esclarecer se a tese jurídica, construída nos famosos mandados de segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, que tratam da titularidade do mandato eletivo em caso de infidelidade partidária, podem ser fundamento jurídico para a decisão que solucionar a controvérsia sobre a ordem de convocação dos suplentes em caso de vacância regular do cargo eletivo. São essas as pretensões deste trabalho, que, fundamentalmente, inspira-se em casos concretos da recente jurisprudência do STF, a qual será analisada no desfecho da monografia.

No primeiro capítulo, serão abordados os direitos políticos na Constituição Federal, com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e a necessidade de uma democracia semidireta ou participativa, a construção doutrinária sobre a representação política e sua natureza jurídica e a previsão constitucional acerca da capacidade eleitoral passiva e ativa, dando-se enfoque às condições de elegibilidade, mormente o requisito da filiação partidária.

No segundo capítulo, parte-se para a noção de partidos políticos, estudando a origem e evolução histórica dos partidos políticos na Europa, nos Estados Unidos e no Brasil, abrangendo também a análise do sistema eleitoral e do sistema de partido consagrado no ordenamento jurídico brasileiro.

No terceiro capítulo, verifica-se a estrutura política-jurídica das coligações partidárias no Brasil, a construção jurisprudencial e doutrinária acerca do conceito e natureza jurídica das coligações partidárias, o momento da formação e extinção, sua atuação no processo eleitoral e como se constitui a representatividade partidária da coligação no regime democrático brasileiro.

No quarto capítulo, entra-se na seara do ativismo judicial do STF na questão da titularidade do mandato eletivo, esclarecendo-se como se deu o surgimento do ativismo judicial no Brasil e a sua consistência, com análise da orientação determinada pelo STF a respeito da titularidade do mandato eletivo em caso de infidelidade partidária e se essa orientação poderá ser fundamento jurídico para os mandados de segurança nº 29.988 MC/DF e nº 30.380 MC/DF, os quais tratam da controvérsia sobre a ordem de convocação dos suplentes em caso de vacância regular do cargo eletivo em aguardo de julgamento no plenário da Suprema Corte.

1 Direitos políticos na Constituição Federal

1.1 Estado Democrático e democracia semidireta ou participativa

A base conceitual de Estado Democrático é a noção de governo do povo, revelada pela própria etimologia do termo democracia, cuja ideia moderna apresenta relação com aquela que predominava na Grécia antiga, com Aristóteles e sua classificação das formas de governo. Segundo o clássico autor grego, os governos podem caber a um só indivíduo, a um grupo, ou a todo o povo. Surgiram, assim, as primeiras linhas sobre democracia como governo do povo, apesar de democracia grega incluir apenas um número reduzido de cidadãos que decidiam os destinos da “polis”. As ideias primárias de democracia influenciaram, a partir do século XVIII, todo o hemisfério ocidental e, posteriormente, todos os países, haja vista que foram as circunstâncias históricas que determinaram a afirmação dos princípios democráticos, porquanto representavam o enfraquecimento do absolutismo dos monarcas e a ascensão política da burguesia.³⁴³

³⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 123-124.

Os movimentos político-sociais, na Europa do século XVIII, se intensificariam com vistas a alcançar a transposição do plano teórico para o prático dos princípios e liberdades públicas que conduziram ao Estado Democrático. Neste, o exercício do poder soberano não chega a ignorar que há limites para a sua atividade, além dos quais se invade a esfera jurídica do cidadão. Primeiro, ocorreu a Revolução Inglesa, com a elaboração do *Bill of Rights* de 1689, em seguida, a Revolução Americana, cujos princípios foram concretizados na Declaração de Independência das treze colônias, de 1776, e culminou na Revolução Francesa, que teve a virtude de dar a universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.³⁴⁴ O liberalismo do século XVIII procurou assegurar uma liberdade contra o Estado, garantindo o direito à vida, à locomoção, de expressão do pensamento e de propriedade, além de tornar efetiva a participação do indivíduo na formação do Estado.³⁴⁵

Nesse diapasão, o Estado absolutista, baseado na soberania que reside no monarca, avançou com a soberania popular para o Estado de Direito. Este, por sua vez, evoluiu para Estado Democrático de Direito, no qual a experiência do Estado Social configurará o futuro Estado Democrático e Social de Direito, como resposta à regressão neoliberal e à crise da democracia que diluíram ainda mais a força normativa dos direitos fundamentais. O Estado Democrático e Social de Direito constitui o atual estágio da democracia ocidental, em que se procura valorizar a generalização do apoio político e a racionalidade democrática, com a formação de uma constituição supranacional sem, contudo, caracterizar o povo como uma identidade cultural coletiva ou uma comunidade de valores que, aliás, não existe em um Estado Constitucional, mas um povo que se distingue, antes de tudo, por apresentar uma forte heterogeneidade cultural.³⁴⁶

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 125-128.

³⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 143-144.

³⁴⁶ GENRO, Tarso. Os fundamentos da Constituição no Estado de Direito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

A República Federativa do Brasil traz, em sua Constituição Federal, o Princípio do Estado Democrático de Direito no *caput* do seu primeiro artigo, entendendo-se esse princípio como a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos. Considera-se democrático o Estado de Direito que se empenha em assegurar aos cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.³⁴⁷

Tendo em vista que o Estado Democrático de Direito se caracteriza como sendo o governo do povo, é necessário o estabelecimento de meios para que o povo possa externar a sua vontade. Dessa forma, considerando que, nos dias atuais, a regra é colegiados eleitorais numerosos, as decisões de interesse público são muito frequentes, exigindo uma intensa atividade legislativa. Concomitantemente, o homem moderno vive entregue a seus afazeres, o que torna absurda a hipótese de constantes manifestações do povo para que se saiba rapidamente qual a sua vontade.

Necessariamente, pois, as democracias modernas teriam de ser representativas, isto é, o povo não trata diretamente dos assuntos públicos do governo, mas mediante representantes eleitos por ele. Portanto, o Poder Executivo e o Poder Legislativo não são exercidos diretamente pelos cidadãos, e sim por pessoas especialmente eleitas para isso.

Porém, a doutrina política e a legislação constitucional preconizaram e adotaram modificações sensíveis no regime representativo, surgindo a modalidade de democracia semidireta. Como o próprio nome sugere, a democracia semidireta aproxima-se da democracia direta. É um sistema misto, que guarda as linhas gerais do sistema representativo, porque o povo não governa diretamente na elaboração das leis e em outros momentos

³⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 171.

decisivos da política pública, mas existem institutos que permitem o controle popular direto sobre os atos estatais como: *referendum*, plebiscito, iniciativa popular, veto popular, *recall*.³⁴⁸

A Constituição Federal de 1988 assimilou a democracia participativa ou semidireta nos arts. 1º, parágrafo único, e 14, configurando-se a base da participação popular no poder por intermédio de um processo, no caso, o exercício da soberania que se instrumentaliza por meio do plebiscito, referendo, iniciativa popular, bem como ajuizamento da ação popular.

Portanto, a representação política se torna necessária na democracia participativa, tendo o povo a responsabilidade de escolher seus representantes. Ocorre que cada indivíduo tem suas aspirações, seus interesses, sendo naturais as formações de grupos políticos de opinião, embriões dos partidos políticos, cada um pretendendo prevalecer sobre os demais. Pode-se dizer que os partidos políticos poderão ser úteis, apresentando mais aspectos positivos que negativos, desde que sejam autênticos, formados espontaneamente e com a possibilidade de atuar livremente. Nesse caso, podem exercer uma função de extraordinária relevância, preparando alternativas políticas, sendo a existência dessas alternativas políticas indispensável para a caracterização do Estado Democrático.³⁴⁹

1.2 Representação política e sua natureza jurídica

Na acepção política, a expressão regime representativo designa o sistema constitucional no qual o povo se governa por intermédio de seus eleitos, e isso em oposição quer ao depotismo, em que o povo não tem ação alguma sobre os seus governantes, quer ao governo direto, em que os cidadãos governam por si mesmos. Portanto, esse regime implica certa participação dos cidadãos na gestão da coisa pública, participação que se exerce na forma e na medida do direito eleitoral.³⁵⁰ Por conseguinte, o regime representativo supõe, de parte das assembleias eletivas, uma

³⁴⁸ AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 13. Ed. São Paulo: Editora Globo, 2001. p. 218.

³⁴⁹ DALLARI, D., 1995, p. 142.

³⁵⁰ AZAMBUJA, D., 2001, p. 242.

influência poderosa na direção do país, porque estão associadas aos atos mais importantes de governo, os quais dependem de sua aprovação.

Do ponto de vista jurídico, o regime representativo repousa na presunção legal de que as manifestações de vontade de certos indivíduos ou grupos de indivíduos têm a mesma força e produzem os mesmos efeitos como se emanassem diretamente da nação em que reside a soberania. O governo de representantes eleitos pelo corpo dos cidadãos supõe, sempre, na nação, uma personalidade moral superior e diversa da dos indivíduos. Seria a soberania nacional, o *eu comum* de Rousseau. A nação delega o exercício do poder aos seus representantes, continuando, porém, como a fonte de toda a autoridade.³⁵¹

A teoria do regime representativo ocasionou uma ressonância na doutrina acerca da natureza jurídica da representação. A maioria da doutrina via na representação um verdadeiro mandato jurídico. A nação seria o mandante e os indivíduos eleitos seriam os mandatários.

Tão generalizada se tornou essa concepção que a Constituição Federal a consagra, empregando o termo “mandato” para se referir ao título da representação política.

Primeiramente, se concebeu que os parlamentares eram mandatários do Estado, privilegiando-se a teoria do mandato. Entretanto, esta teoria não poderia prosperar, porque, despido de vontade, o Estado não poderia outorgar mandato.³⁵² Ora, o mandato supõe uma pessoa que o outorga e outra que o recebe para executar. O membro do legislativo é eleito por um colégio ou círculo eleitoral e, no entanto, representa toda a nação e não apenas o colégio ou o círculo eleitoral que o elegeu, logo, não se poderia aceitar que o mandatário representasse outras pessoas que não as dos mandantes.

Ademais, uma das características essenciais do mandato civil é a sua revogabilidade pelo mandante, e, ainda no regime representativo moderno,

³⁵¹ *Ibid.*, p. 243.

³⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 14.

o deputado não pode ser destituído pelos seus eleitores. Concluída a eleição, reconhecido e empossado o deputado, nenhuma relação de dependência legal o vincula aos seus eleitores, que não lhe podem cassar poderes que de fato não foram por eles conferidos, mas pela Constituição. Por fim, uma diferença essencial faz divergir a situação do eleito da do mandatário. Este tem somente os poderes que o mandante lhe outorgou, e os seus atos que ultrapassarem os poderes conferidos são nulos, não obrigam o mandante, o que, evidentemente, não ocorre com o mandato do eleito.³⁵³

Posteriormente, passou-se a considerar os agentes como representantes do Estado, predominando a teoria da representação, a qual igualmente foi alvo de intensas críticas, porquanto o Estado estaria sendo considerado como uma pessoa incapaz, que precisa de representação. Além disso, se o dito representante exorbitasse de seus poderes, não se poderia atribuir responsabilidade ao Estado, este como representado. Insatisfatórias as teorias até então elaboradas, por inspiração do jurista alemão Otto Gierke, foi instituída a teoria do órgão, que tanta voga e aceitação gozou.³⁵⁴

A teoria do órgão consiste no princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Essa teoria tem a vantagem de afastar muitas das dificuldades suscitadas pelo regime representativo, especialmente no que se refere às relações entre os eleitores e os eleitos e o fundamento do direito eleitoral. Entretanto, tem um vício irremediável: cria o absolutismo do Estado, não estabelece mais diferença entre a vontade do Estado e a dos governantes. É uma teoria opressiva e antidemocrática, que anula o indivíduo e a nação em face de uma entidade absorvente e absoluta: o Estado, que nela surge como o Leviatã descrito por Hobbes.³⁵⁵

Dessa sorte, todas as teorias sobre o fundamento jurídico do regime representativo esbarram em obstáculos intransponíveis. Talvez por essas contradições, que afastam a possibilidade de caracterizar juridicamente o

³⁵³ AZAMBUJA, op. cit., p. 246-247.

³⁵⁴ CARVALHO FILHO, J., 2010, p. 14.

³⁵⁵ AZAMBUJA, D., 2001, p. 250.

regime representativo, Rousseau, o pai da democracia moderna, condenara definitivamente o regime representativo. O autor do *Contrato Social* afirma que o povo é o único soberano e a vontade geral do povo, a expressão viva da soberania, e ninguém poderia pretender exprimir a vontade soberana do povo senão o próprio povo.

Rousseau elucida que o soberano poderá dizer: “eu quero atualmente o que este homem quer”, mas não poderá dizer: “o que este homem quiser amanhã, eu também quereirei!”, pois seria absurdo que a vontade se obrigasse para o futuro. Se, portanto, o povo promete simplesmente obedecer, ele desaparece, perde a sua qualidade de povo; quando há um senhor, não há mais povo soberano. O povo só é livre no momento da eleição dos membros do parlamento; logo que eles estão eleitos, o povo é escravo, é nada.³⁵⁶

Negando o regime representativo, Rousseau, no entanto, reconheceu a impossibilidade de o povo governar-se diretamente e concedeu que eleja certos cidadãos para fazer as leis, mas acrescentou: “Os deputados do povo não são mais que os seus comissários”. Dessa forma, para Rousseau, aos parlamentares incumbe elaborar as leis, mas estas somente se tornam obrigatórias depois que o povo as aprova, erigindo em dogma da democracia o mandato imperativo e o *referendum*.³⁵⁷

Com uma visão mais lúcida, Montesquieu adotou uma teoria inteiramente diversa da de Rousseau. Para Montesquieu, a eleição tem por fim não eleger os representantes da soberania nacional, mas escolher os mais capazes para governar. Em seu livro *O espírito das leis*, o autor reafirma o seu ponto de vista sobre a inaptidão do povo para governar-se diretamente e a sua aptidão para escolher os melhores cidadãos para o governo, não dependendo os atos dos eleitos da ratificação popular, porque são tidos como a própria expressão da soberania nacional.³⁵⁸ Nos textos legais, o que prevaleceu foi a concepção menos democrática, porém, mais verdadeira, de Montesquieu.

³⁵⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. 3. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 87.

³⁵⁷ ROUSSEAU, J., 2008, p. 87-88.

³⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 55.

Ante a manifesta impossibilidade de caracterizar juridicamente o regime representativo, procura-se encará-lo sob aspecto puramente político, aceitando-se a opinião de Montesquieu de que a eleição não tem por fim designar os representantes da nação ou do eleitorado, e sim selecionar os mais capazes para as funções de governo.³⁵⁹

Pode-se perceber que não há realmente uma representação, a designação de mandatário não passa de simples técnica de formação dos órgãos governamentais. E apenas a isso se reduziria o princípio da participação popular, e em verdade, não será um governo de expressão da vontade popular se os atos de governo se realizam com base na vontade autônoma do representante. Nesse contexto, a democracia representativa assenta-se no princípio individualista que considera a participação, no processo do poder, do eleitor individual no momento da votação, o qual não dispõe de maior influência sobre a vida política de seu país do que o momentâneo poder de que goza no dia da eleição, e, por certo, uma vez produzida a eleição, os investidos pela representação ficam desligados de seus eleitores, pois não representam a ele em particular, mas a todo o povo.³⁶⁰

Entretanto, o sistema de partidos políticos tende a dar feição imperativa ao mandato político, na medida em que os representantes partidários estejam comprometidos com o cumprimento do programa e das diretrizes de sua agremiação. Portanto, o mandato partidário, mandato representativo que se faça por meio de partido político, realizará uma tendência de mandato imperativo de caráter popular e democrático, tendo em vista que promove uma relação mais estreita entre os mandatários e o povo, exercendo um papel relevante no sentido de que os eleitos prestem atenção às reivindicações do povo.³⁶¹

³⁵⁹ AZAMBUJA, D., 2001, p. 256.

³⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 140.

³⁶¹ SILVA, J., 2010, p. 140.

1.3 Capacidade eleitoral ativa e passiva

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, tem a cidadania como fundamento. Dentre os direitos fundamentais dos brasileiros, acham-se aqueles que lhes permitem participar da vida política do seu município, do seu estado e do seu país.

Sob a epígrafe “Dos Direitos Políticos”, a Constituição estabelece as regras básicas concernentes à aquisição, ao exercício, às restrições, à suspensão e à perda do direito de eleger e ser eleito. Trata, assim, do alistamento eleitoral, do voto, das condições de elegibilidade e das hipóteses em que os direitos políticos podem ser retirados do seu titular.³⁶²

Pode-se considerar como a essência dos direitos políticos o reconhecimento do direito de votar e de ser votado. A Lei nº 818/49 afirmava serem direitos políticos os que a Constituição e as leis ordinárias atribuem a brasileiros e, especialmente, votar e ser votado. Existem duas variantes dos direitos políticos: os ativos e os passivos. Os direitos políticos ativos representam a atividade do eleitor, ou seja, o direito de votar, de eleger. Os direitos políticos passivos constituem a atividade do eleito, vale dizer, abarcam o estudo da elegibilidade, do direito de ser votado.³⁶³

O direito de votar ou direito ao sufrágio, consoante tradição constitucional brasileira, é obrigatório a partir dos 18 anos de idade para todos os brasileiros, natos ou naturalizados. O voto dos maiores de 16 e menores de 18, dos maiores de 70 anos e dos analfabetos é facultativo. E não dispõem do direito ao voto o estrangeiro e os conscritos do serviço militar obrigatório.³⁶⁴ Em suma, a capacidade eleitoral ativa depende do preenchimento das seguintes condições: nacionalidade brasileira, idade mínima de dezesseis anos, posse de título eleitoral e não ser conscrito em serviço militar obrigatório.

³⁶² NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 1.

³⁶³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 748.

³⁶⁴ Cf. CF/88, art. 14, § 1º e § 2º.

A obrigatoriedade do voto refere-se tão somente ao dever de comparecer às eleições ou, no caso de impossibilidade, ao dever de justificar a ausência. A escolha que há de ser feita pelo eleitor é, evidentemente, livre, podendo ele tanto escolher os candidatos de sua preferência quanto, eventualmente, anular o voto ou votar em branco.

A Constituição confere sentido diferente às palavras sufrágio e voto, especialmente em seu art. 14, por onde se vê que o sufrágio é universal e o voto é direto, secreto e tem valor igual. A palavra voto é empregada em outros dispositivos, exprimindo a vontade num processo decisório. O sufrágio é um direito público subjetivo de natureza política que tem o cidadão de eleger, ser eleito e participar da organização e da atividade do poder estatal. É um direito que decorre diretamente do princípio de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.³⁶⁵

Portanto, o sufrágio é universal, o que significa que o direito político se reconhece a todos os nacionais do país, independentemente da pertinência a dado grupo ou a dada classe, ou da apresentação de certa qualificação.

O direito de sufrágio ativo, alistabilidade, caracteriza o eleitor (titular do direito de votar), pressuposto para o exercício do direito de sufrágio passivo (direito de ser votado). Ninguém é elegível se não for eleitor. O princípio deveria ser o da coincidência entre a qualidade de eleitor e a de elegível, mas, em verdade, nem todo eleitor é elegível. A elegibilidade, qualidade de ser elegível, depende do preenchimento de condições de elegibilidade.³⁶⁶

A Constituição Federal determina as condições de elegibilidade como sendo: nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio na circunscrição eleitoral, filiação partidária e idade mínima (35 anos para presidente, vice-presidente e senador, 30 anos para governador e vice-governador, 21 anos para deputado federal, estadual e distrital, prefeito, vice-prefeito e juiz de paz, e 18 anos para vereador). A exigência da plenitude de direitos políticos impõe que o nacional não esteja

³⁶⁵ SILVA, J., 2010, p. 349.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 366.

submetido às restrições decorrentes da suspensão ou da perda de direitos políticos.³⁶⁷ Nota-se, portanto, que uma das condições de elegibilidade é também a filiação partidária.

Essa filiação se dará de acordo com a identidade das convicções do candidato com os desiguais programas dos partidos, submetendo-se à disciplina e fins programáticos fixados pela entidade escolhida. A base da estrutura democrática brasileira tem, portanto, assento partidário, não sendo admitida candidatura senão por intermédio de agremiação política, cujos estatutos deverão estabelecer normas ao partido.³⁶⁸ Dessa forma, o eleitor tem o conhecimento das ideias e tendências do candidato que, por sua vez, sujeitam o seu comportamento à fiscalização do partido a que se filiou.

A Lei Orgânica dos Partidos Políticos exige que os brasileiros natos e naturalizados que gozam de direitos políticos filiem-se a uma determinada agremiação partidária, no mínimo, um ano antes das eleições. Portanto, o prazo de um ano é até a data fixada para as eleições (primeiro domingo de outubro), majoritárias ou proporcionais, e não até a data do registro de candidatura ou da posse.³⁶⁹

De regra, a comprovação da filiação partidária tempestiva dá-se pelas listas enviadas pelos partidos políticos à Justiça Eleitoral na segunda semana dos meses de abril e outubro de cada ano.³⁷⁰ A dupla militância não é permitida. Sendo verificada essa circunstância, ambas as filiações são imediatamente canceladas³⁷¹. Ademais, a mudança de filiação partidária repercute sobre a filiação partidária preexistente.

Por conseguinte, tendo em vista a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade, parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torne-se condição imprescindível

³⁶⁷ Cf. CF/88, art. 14, § 3º e art. 15.

³⁶⁸ NIESS, P.; 1994, p. 31.

³⁶⁹ BRASIL, art. 18 da lei 9.096 de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 20 maio 2011.

³⁷⁰ *Ibid.*, art. 19.

³⁷¹ *Ibid.*, art. 22.

para a manutenção do próprio mandato. Ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação, perseguição política ou situação semelhante, o abandono da legenda deve dar ensejo à extinção do mandato.

2 Os partidos políticos

2.1 Noção de partido político

Para José Afonso da Silva, partido político é uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo.³⁷²

Os partidos políticos são importantes instituições na formação da vontade política. A ação política realiza-se de maneira formal e organizada pela atuação dos partidos políticos. No processo de formação da vontade política, exercem uma função de mediação entre o povo e o Estado, principalmente, no que concerne ao processo eleitoral.³⁷³

Sem partidos políticos, a opinião pública permanece amorfa, esporádica e ineficaz, sujeita a caprichos momentâneos e sem outra possibilidade de ação além da revolta. Todos os outros órgãos da opinião pública, a imprensa, o livro, os discursos, o rádio, são apenas meios de expressão, já os partidos políticos são meios de expressão e de ação.³⁷⁴

Segundo Afonso Arinos, no Direito Constitucional, é evidente que o partido organizado pressupõe a existência da Constituição e, a rigor, a existência do regime representativo.³⁷⁵ Na lição de Kelsen, em uma democracia parlamentar, o indivíduo isolado tem pouca influência sobre a criação dos órgãos legislativos e executivos. Para obter influência, ele tem de se associar a outros que compartilhem as suas opiniões políticas. Desse modo, surgem

³⁷² SILVA, J., 2010, p. 394.

³⁷³ MENDES, G.; COELHO, I.; BRANCO, P., 2009, p. 814.

³⁷⁴ AZAMBUJA, D., 2001, p. 313.

³⁷⁵ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. 3. Ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1980. p. 10.

os partidos políticos. Em uma democracia parlamentar, o partido político é um veículo essencial para a formação da vontade pública.³⁷⁶

Dessa forma, consideram-se os partidos políticos corpos formados a partir da função de canalizar as aspirações e projetos políticos de determinada gama de indivíduos, organizando-os com a finalidade de alcançar o exercício direto do poder.³⁷⁷ Entretanto, os partidos políticos modernos foram além, tornando-se verdadeiros órgãos de governo, que encarnam tendências gerais e, a partir delas, propõem governar a nação, limitando-se às possibilidades do momento. Não apenas interpretam a opinião pública, mas também sintetizam em fórmulas precisas as aspirações coletivas, por meio dos programas partidários, que são o método que trata e resolve os problemas da administração pública, apresentando candidatos que se propõem, uma vez eleitos, a realizar esses programas.

Os indivíduos que apoiam o programa do partido votam nos respectivos candidatos. Assim, a maioria não elege apenas os governantes, elege governantes que deverão governar de acordo com ideias e pontos de vista pré-estabelecidos, não podendo os eleitos se afastarem da opinião pública que os elegeu. Desse modo, o regime democrático não se resume à eleição. O povo tem o direito de exigir dos governantes fidelidade aos programas por eles apresentados e nos quais basearam as suas campanhas. Os governantes não ficam diminuídos, nem subservientes, porque só se exige que permaneçam leais às ideias que livremente adotaram e publicamente prometeram defender e realizar.³⁷⁸

Portanto, os partidos políticos são instrumentos indispensáveis à democracia e onde desapareçam desaparece com eles o governo popular.

2.2 Origem e evolução dos partidos políticos na Europa e nos Estados Unidos

O homem é um ser político por natureza e que aprendeu, desde longas datas, que, unido a outros com a mesma finalidade, tem maiores

³⁷⁶ Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 421.

³⁷⁷ TAVARES, A., 2008, p. 758.

³⁷⁸ AZAMBUJA, D., 2001, p. 314.

possibilidades de alcançar seu objetivo do que se tentar sozinho. Assim, o partido político não surgiu repentinamente, mas foi fruto de séculos de representatividade ilegítima, no sentido de apenas uma parcela da população ter voz perante o poder público.

O desenvolvimento dos partidos políticos está associado ao desenvolvimento da democracia, isto é, à extensão do sufrágio popular, uma vez que os partidos servem de sustentáculo para que as pessoas exerçam a sua liberdade de expressão e manifestação de opiniões.

Maurice Duverger esclarece que os partidos políticos originaram-se, em primeiro lugar, da criação de grupos parlamentares; depois, da aparição dos comitês eleitorais; finalmente, do estabelecimento da ligação permanente entre esses dois elementos.³⁷⁹

Geralmente, indicam-se como primeiras manifestações propriamente ditas de uma atividade partidária as controvérsias ocorridas com o chamado *Exclusion Bill*, após 1680, na Inglaterra. Neste momento, surgiu a doutrina da aceitação da oposição política, ideia básica da democracia de que os inimigos do governo não são considerados inimigos do Estado, são aceitos apenas como opositoristas, termo, aliás, bastante conhecido e vulgarizado na realidade partidária mundial hodiernamente.³⁸⁰

Posteriormente, formaram-se os dois grandes partidos. Whig, representantes de novas forças liberais, e Tory, representantes dos interesses do feudalismo, cuja evolução viera a dar origem aos Partidos Liberal e Conservador da Inglaterra do século XIX.³⁸¹

Nos EUA, a democracia nacional baseou-se em partidos, praticamente, desde o início da sua história. Passada a fase precária e informe da Confederação, já na Convenção de 1787, se manifestaram claramente as forças que deveriam se compor nos futuros partidos. As condições peculiares ao meio colonial

³⁷⁹ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar Ed.; Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980. p. 20.

³⁸⁰ FRANCO, A., 1980, p. 12.

³⁸¹ TAVARES, A., 2008, p. 756.

americano, principalmente a vastidão territorial e a dispersão da população, contribuíram para o surgimento do liberalismo, após a independência americana, sempre ligado à noção de autonomia regional.³⁸²

O que viria a influenciar no surgimento do federalismo liberal brasileiro, o qual representou importante papel nos nossos partidos políticos do Império e da República, por ser este movimento favorável às franquias políticas regionais.

Na França, a formação dos partidos políticos, provavelmente em virtude do desfecho ditatorial-bonapartista da grande crise revolucionária, não foi tão precoce como nos EUA e na Inglaterra. Somente após a crise revolucionária do século XVIII, o parlamentarismo se instalou na França e aparecem na câmara os dois clássicos partidos: Conservador e Liberal.³⁸³ É natural que, enquanto o país não encontrasse estabilidade institucional, as instituições funcionassem mediocramente, e entre elas estavam os partidos.

A partir daí, a própria percepção da natureza da comunidade política se transformou dramaticamente, no início do século XX, com o crescimento populacional e a adoção do sufrágio universal por vários Estados, além da Revolução Industrial, que inflamou o conflito entre burguesia e proletariado, fazendo surgir os sindicatos, que geraram o nascimento dos partidos de massa. Assim, durante o século XX, os partidos políticos passaram a existir na quase totalidade das nações civilizadas, e as que não os tinham se esforçavam para imitá-los.

2.3 Os partidos políticos no Brasil

No Brasil, José Bonifácio, em discurso na Constituinte do Império, referiu-se às facções de então, formadas com vistas à independência do país, por isso intitulados partidários da independência, como sendo separatistas e não separatistas.³⁸⁴ Entretanto, o surgimento dos dois grandes grupos políticos do império somente ocorreu após a renúncia de Feijó, o primeiro Regente Único do Período Regencial, em 1837. Pois, com a subida ao poder de Araújo

³⁸² FRANCO, op. cit., p. 13-14.

³⁸³ Ibid., p. 17.

³⁸⁴ SILVA, J., 2010, p. 395.

Lima, segundo Regente Único, seus oponentes, os antigos feijoistas, deram origem ao Partido Liberal, e a divergência fundou o Partido Conservador.³⁸⁵

O movimento liberal foi se organizando e o Partido Liberal passou a adquirir forma estável. No Brasil, como nos EUA, o liberalismo nasceu estreitamente vinculado ao federalismo. Na Regência, o federalismo foi esmagado no que tinha de nocivo para a unidade nacional, mas ficou vitorioso no que tinha de útil para o progresso do país. Acontece que, com o passar do tempo, se intensificou a descrença da esquerda liberal acerca da capacidade da monarquia brasileira de praticar com lisura o sistema representativo. Os liberais mais jovens, componentes da ala radical, foram aos poucos se convencendo de que somente a substituição do Império pela República poderia remediar os vícios inerentes à prática do sistema representativo. Esta ala liberal mais avançada foi o núcleo central do partido Republicano.³⁸⁶

A ideia de República cresceu na medida em que se desagregaram as instituições monárquicas. O Federalismo, reflexo do Liberalismo no panorama nacional, representou a mais legítima aspiração da República. O ideal federativo foi o principal tema da argumentação do Manifesto Republicano de 1870. Não houve na história do Brasil movimento liberal desde a Inconfidência, que não tenha sido também federal.³⁸⁷

O elemento principal da constituição do partido Republicano foi a premência da Federação, para atender ao mesmo tempo às necessidades da expansão econômica das províncias, por meio de governos locais mais estáveis e próximos, e aos reclamos das liberdades públicas, que encontraram nos poderes estaduais barreiras contra a prepotência do Governo Central. A premência da Federação, subestimada pelo Partido Liberal, foi uma das forças principais para a ruptura das estreitas muralhas que o regime monárquico impunha ao crescimento natural do Brasil.³⁸⁸

³⁸⁵ FRANCO, A., 1980, p. 30.

³⁸⁶ CHACON, Vamireh. *História dos partidos brasileiros*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. v. 5, p. 25-29.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 57-58.

³⁸⁸ CHACON, V., 1981, p. 60-61.

O movimento republicano fragmentou-se nos partidos republicanos estaduais (PRP, PRM, PRRG, PRBa, etc.) na Primeira República. Finda esta, com a Revolução de 1930, surgiram novas formações partidárias ainda de caráter regional. Mas foi no período de 1946 a 1965 que floresceu um sistema partidário com alguma institucionalização efetiva, com base em três grandes partidos de âmbito nacional: o Partido Social Democrático (PSD), a União Democrática Nacional (UDN) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Ocorre que tais partidos foram extintos em 1965 por força do AI-2, dando margem ao surgimento do bipartidarismo artificial representado pela Arena (Aliança Renovadora Nacional) e pelo MDB (Movimento Democrático Brasileiro).³⁸⁹

A Arena e o MDB foram extintos em 1979, quando recomeçou a estrutura partidária, ainda em curso, com cerca de vinte partidos regularizados, com ponderável transformação, conforme demonstraram as eleições de 1994, de 1998, e de 2002. Esta situação foi modificada nas eleições de 2006, quando, dos 32 partidos, só 21 conseguiram representação na Câmara dos Deputados, revelando a existência de 5 grandes formações partidárias: PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro, PT – Partido dos Trabalhadores, PFL – Partido da Frente Liberal, PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira e PP – Partido Progressista.³⁹⁰

As diversas etapas por que passou a história do movimento partidário guarda perfeita simetria com o atual estágio. Muitas das práticas atrasadas, dentre elas, clientelismo, troca-troca de partido, são ainda fenômenos políticos costumeiros. A democracia defendida pelos partidos políticos brasileiros sempre foi frágil, mas teve suas qualidades, vez que contribuiu sobremaneira para os nossos primeiros passos como país independente. Foi o começo de um sonho: um país verdadeiramente democrático.

³⁸⁹ SILVA, J., 2010, p. 396.

³⁹⁰ SILVA, loc. cit.

2.4 Sistemas eleitorais

O Direito Constitucional brasileiro vigente consagra o sistema majoritário simples para eleição de senadores federais e, segundo José Afonso da Silva, também para a eleição de juiz de paz. A adoção do sistema majoritário de dois turnos ficou para a eleição de presidente, e vice-presidente da República, governador e vice-governador de estado, e prefeito e vice-prefeito municipal.³⁹¹

A Constituição acolheu o sistema proporcional para a eleição de deputados federais³⁹², o que significa a extensão às eleições para assembleias legislativas dos estados e para as câmaras de vereadores (câmaras municipais). O sistema proporcional é a mesma coisa que representação proporcional. Por ele, pretende-se que a representação, em determinado território, se distribua em proporção às correntes ideológicas ou de interesse integradas nos partidos políticos concorrentes. Por isso, esse sistema só é compatível com circunscrições eleitorais amplas, em que se devem eleger vários candidatos, o que mostra ser aplicável apenas a técnica de escrutínio de lista (sistema plurinominal).³⁹³

A igualdade eleitoral quanto ao resultado do voto depende em maior ou menor grau do sistema eleitoral adotado. Em um sistema majoritário, o valor do resultado é inevitavelmente desigual, pois o candidato menos votado não logra qualquer resultado, o voto atribuído aos candidatos minoritários não são contemplados, o que acaba por afetar a igualdade do valor do voto no resultado.³⁹⁴

Pelo sistema majoritário a representação, em dado território (circunscrição ou distrito), cabe ao candidato ou candidatos que obtiverem a maioria (absoluta ou relativa) dos votos, podendo ser majoritário simples, com o qual se proclamada eleito o candidato que obtiver a maioria relativa com apenas uma única eleição, ou pode ser majoritário de dois turnos, segundo o qual somente se considerará eleito o candidato que obtiver a

³⁹¹ Cf. CF/88, art. 28; art. 29, II; art. 77; art. 98, II.

³⁹² *Ibid.*, art. 45.

³⁹³ SILVA, J., 2010, p. 371.

³⁹⁴ MENDES, G.; COELHO, I.; BRANCO, P.; 2009, p. 785.

maioria absoluta dos votos, Se nenhum candidato conseguir, efetivar-se-á nova eleição, geralmente entre os dois candidatos mais votados, a fim de decidir entre ambos, quando, então, um deverá alcançar a maioria absoluta de votos.³⁹⁵

O sistema proporcional não leva em consideração somente a quantidade de votos obtidos pelo candidato, mas também aqueles votos obtidos na legenda partidária, tanto é que, no Brasil, muitos dos candidatos eleitos não são os mais votados.

As vagas a serem ocupadas são distribuídas de acordo com a votação recebida por cada partido. Assim ensina Pinto Ferreira:

A representação proporcional é um sistema através do qual se assegura aos diferentes partidos políticos no parlamento uma representação correspondente à força numérica de cada um. Ela objetiva assim fazer do parlamento um espelho tão fiel quanto possível do colorido partidário nacional.³⁹⁶

Para solucionar o problema quanto a saber quem é considerado eleito e qual o número de eleitos por partido, é necessário determinar: a) o número de votos válidos; b) o quociente eleitoral; c) o quociente partidário; d) a técnica de distribuição dos restos ou sobras; e) a determinação dos eleitos; f) a solução de casos em que há falta de quociente.³⁹⁷

Os votos válidos são aqueles dados à legenda partidária (votação apenas em nome do partido) e os votos dados aos candidatos. Os nulos não entram na contagem. O novo ordenamento constitucional também considera não computáveis os votos em branco.

O quociente eleitoral é calculado a partir da divisão do número de votos válidos pelo número de lugares a preencher na câmara dos deputados, ou na assembleia legislativa estadual, ou na câmara municipal, desprezando-se a fração igual ou superior a meio.

³⁹⁵ SILVA, J., 2010, p. 370.

³⁹⁶ PINTO, Djalma. *Improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 181-182 *apud* Ferreira, Pinto.

³⁹⁷ SILVA, op. cit., p. 372.

O quociente partidário é o número de lugares cabível a cada partido, que se obtém dividindo-se o número de votos obtidos pela legenda (incluindo os conferidos aos candidatos por ela registrados) pelo quociente eleitoral, desprezando-se a fração.

A distribuição dos restos é feita após a operação supracitada, quando sobram lugares a serem preenchidos, em consequência de restos de votos nas legenda não suficientes para fazer mais um eleito. Para solucionar esse problema de restos ou sobras, o direito brasileiro adotou o método da maior média, que consiste no seguinte: adiciona-se mais um lugar aos que foram obtidos por cada um dos partidos, depois toma-se o número de votos válidos atribuídos a cada partido e divide-se por aquela soma. O primeiro lugar a preencher caberá ao partido que obtiver a maior média, repetindo-se a mesma operação tantas vezes quantos forem os lugares restantes que devem ser preenchidos, até sua total distribuição entre os diversos partidos.³⁹⁸

Cumprido observar que os lugares a preencher são distribuídos por circunscrição, no caso da eleição para a câmara dos deputados, de tal sorte que as operações referidas acima são feitas em referência a cada uma delas.³⁹⁹

Definido o número de cadeiras de cada partido, surge o problema da determinação dos eleitos, pois o preenchimento dos lugares, com que cada partido for contemplado, far-se-á segundo a ordem de votação dos seus candidatos.⁴⁰⁰ Ou seja, os candidatos mais votados, em cada legenda, serão os eleitos para ocupar as cadeiras que lhes toquem.

Nesse sentido, aquele partido que obtiver um maior número de votos na legenda ocupará um maior número de cadeiras na casa legislativa, podendo chegar à situação em que um candidato que tenha obtido apenas um voto ocupe uma das vagas destinadas àquela agremiação.

Entretanto, pode acontecer de nenhum partido conseguir obter o quociente eleitoral. Ocorrendo isso, considerar-se-ão eleitos, até serem

³⁹⁸ Cf. Código eleitoral, art. 109.

³⁹⁹ SILVA, J., 2010, p. 372-373.

⁴⁰⁰ Cf. Código Eleitoral, art. 109, § 1º.

preenchidos todos os lugares, os candidatos mais votados, solução que consagra o princípio majoritário.⁴⁰¹

O sistema proporcional permite uma distribuição de vagas de acordo com o número de votos obtidos pelos candidatos e partidos. Isso significa que os votos dados aos parlamentares ou aos partidos serão computados para os fins de definição do quociente eleitoral e do quociente partidário. Em geral, o sistema proporcional opera-se com listas fechadas apresentadas pelos partidos, fazendo-se a distribuição de vagas consoante a vontade obtida pelo partido e pela posição atribuída ao candidato na lista partidária. Esse sistema parece contemplar a igualdade do voto quanto ao resultado, pois valora, tanto quanto possível, as opções formuladas pelos eleitores. Em compensação, amplia a divisão das forças políticas e dificulta, por isso, a formação das maiorias.⁴⁰²

2.5 Sistemas de partidos

Um sistema partidário surge em consequência de certas rupturas sociais e nelas se consolida, em seguida, adquire uma dinâmica em grande parte autônoma e até certa viscosidade que lhe permite absorver, com extrema lentidão, as mudanças sociais que se verificam.⁴⁰³

O número de partidos existentes, suas estruturas internas, suas ideologias, as relações que mantêm em si, assim como o papel representado pela oposição. Tudo isso dá lugar a um autêntico sistema de partidos. O sistema de partido é tão importante que alguns o consideram como elemento essencial das instituições políticas. Existe uma correlação muito grande entre o sistema de partidos e o regime político. Assim, às democracias liberais correspondem, em regra, sistemas pluralistas de partidos, enquanto aos regimes autoritários se seguem sistemas de partido único.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ *Ibid.*, art. 111.

⁴⁰² MENDES, G.; COELHO, I.; BRANCO, P.; 2009, p. 785-786.

⁴⁰³ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 4. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. v. 2, p. 1172.

⁴⁰⁴ BASTOS, C., 1995, p. 133.

Os sistemas partidários se distinguem em: monopartidários, bipartidários, multipartidários. O monopartidarismo, segundo Vânia Siciliano Aieta, aparece nas ditaduras de direita, em especial, naquelas de modelo fascista, e também nos países de inspiração marxista. Tal modalidade costuma propiciar as “tomadas de poder”, uma vez que não existe uma disputa política aberta. A existência de um partido único é plenamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.⁴⁰⁵

A noção de dualismo político natural se encontra em concepções sociológicas muito diferentes. Tem fundamento na divergência do temperamento revolucionário e do temperamento conservador. É verdade que alguns se sentem perfeitamente à vontade com ideias recebidas, tradições aceitas, hábitos corriqueiros; ao passo que outros experimentam a necessidade imperiosa de mudar tudo, de modificar tudo, de inovar tudo. Os estudos de Ciência Política apontam para um dualismo de tendências nos países que foram os mais divididos, através da história, sob o ponto de vista político: católicos e protestantes, girondinos e jacobinos, conservadores e liberais, burgueses e socialistas, ocidentais e comunistas.⁴⁰⁶

O sistema bipartidário, fruto do dualismo político, como seu nome está a indicar, é aquele que consagra dois partidos que, por vezes, têm forças mais ou menos aproximadas, que se revezam no poder, em um autêntico bipartidarismo, ostentando, às vezes, um partido dominante, isto é, um partido quase que permanentemente no poder e outro quase sempre na oposição. Nos sistemas bipartidários, o partido vencedor exerce o poder sem necessidade de coligações. É um sistema que privilegia a vontade da maioria que exerce o poder sem necessidade de compartilhá-lo. É conhecido como sistema de parlamentarismo majoritário ou de democracia direta.⁴⁰⁷

O regime majoritário é capaz de conservar o bipartidarismo estabelecido contra as cisões dos partidos antigos e o aparecimento de partidos novos. No caso de tripartidarismo que funcione em regime

⁴⁰⁵ AIETA, Vânia Siciliano. *Tratado de direito político*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. T. 4, p. 196.

⁴⁰⁶ DUVERGER, M., 1980, p. 251-252.

⁴⁰⁷ BASTOS, C., 1995, p. 134.

majoritário de um só turno, os eleitores não tardam a compreender que os seus votos se perderão se continuarem a dá-los ao terceiro partido.⁴⁰⁸ Por isso, os eleitores tenderem, naturalmente, a transferir seus votos para o “menos mau” dos adversários, a fim de evitar o êxito do pior. Esse fenômeno de polarização prejudica o partido novo, enquanto for o mais fraco, mas se vira contra o menos favorecido dos antigos, quando o novo o haja ultrapassado. Portanto, a pressão do sistema eleitoral, no sistema dualista, só triunfa em longo prazo.

As eleições majoritárias, que se contentam com a maioria relativa, para que dela já se extraia o vencedor do pleito, tornam absolutamente inúteis os partidos de pouca expressão eleitoral. Se em cada circunscrição só sairá vencedor um candidato, parece de acordo com a ordem natural das coisas o fato das diversas correntes políticas procurarem aglutinar-se em dois partidos fundamentais.

Enquanto o sistema majoritário tende ao bipartidarismo, pelo contrário, o escrutínio majoritário de dois turnos ou a representação proporcional tende ao multipartidarismo. Este institui um sistema bastante simples, em que a diversidade de partidos vizinhos não compromete a representação global, pois os partidos podem sempre reagrupar-se. O primeiro efeito da representação proporcional é, pois, sustar qualquer evolução do bipartidarismo, sendo um freio poderoso, porquanto nada nesse sistema leva os partidos vizinhos à fusão, pois a divisão não lhes causa prejuízo.⁴⁰⁹ Nada obsta as cisões dentro dos partidos, pois a representação global das duas frações separadas não será reduzida, porque o que é levado em consideração para a representatividade do partido é a sua porcentagem de sufrágio.

Assim, o sistema majoritário de dois turnos ou proporcional consiste em exigir a maioria absoluta para a eleição do vencedor. Não obtida esta no primeiro escrutínio, realiza-se um segundo do qual só participam os dois

⁴⁰⁸ DUVERGER, M., 1980 p. 262.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 274.

candidatos mais votados no primeiro. Destarte, o que ocorre é que, em um primeiro momento, todos os participantes tenderão a testar as suas forças. Derrotados, contudo, no primeiro turno, passam a efetuar um jogo de coligações, em que os partidos menos votados são levados a apoiar um dos dois mais sufragados, segundo a afinidade política que nutram.⁴¹⁰

No regime majoritário do bipartidarismo, o partido colocado em terceiro ou quarto lugar está sub-representado relativamente aos outros, a sua porcentagem de cadeiras é inferior à sua porcentagem de sufrágio, permanecendo a diferença constantemente maior que nos seus rivais. A representação proporcional suprime essa diferença para todos os partidos. Neste sistema, o mais beneficiado é o mais desfavorecido, pois os votos dados ao terceiro ou quarto lugar não serão perdidos. Porquanto, há uma distribuição complementar, permitindo-se ao partido recuperar votos no segundo escrutínio.⁴¹¹

Nos sistemas multipartidários, quase sempre, o partido vitorioso nas eleições não detém a maioria do parlamento. Abre-se, então, um complexo jogo de negociações tendentes a aglutinar dois ou mais partidos que venham a possibilitar o exercício do governo após as eleições. Não há dúvida de que o pluripartidarismo reflete, com maiores matizes, as diversas correntes de opinião pública. Por isso, esse sistema é considerado o mais democrático.

Entretanto, essa democracia tem um custo: aumenta os poderes dos representantes do povo na medida em que é livre o jogo das coligações, de modo a determinar a formação da maioria parlamentar, ao contrário do bipartidarismo, no qual a maioria já resulta da vontade expressa pelo corpo eleitoral.

Outrossim, essas coligações, muitas vezes, apresentam um grau de instabilidade grande, pois foram formadas pela vontade dos próprios partidos e, por isso, podem por eles ser desfeitas a qualquer tempo. Esta circunstância é grave, tanto no presidencialismo quanto no parlamentarismo. No presidencialismo, o esfacelamento partidário leva à inevitável fraqueza do

⁴¹⁰ BASTOS, C., 1995, p. 136.

⁴¹¹ DUVERGER, M., 1980, p. 282.

órgão legislativo, que pode facilmente se ver atingido nas suas imunidades, privilégios e competências. Pode, também, ocorrer o inverso, em que a falta de maioria no legislativo impossibilite o Executivo de exercer plenamente a função governativa em razão da obstrução dos projetos de lei.⁴¹² O sistema partidário brasileiro se inclui no sistema multipartidário, nos termos do art. 17 da CF/88:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o *pluripartidarismo*, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos [...] (grifos nossos).⁴¹³

3 As coligações partidárias

3.1 Conceito e natureza jurídica das coligações partidárias

A coligação partidária pode ser definida como sendo a junção ou reunião temporária de dois ou mais partidos políticos para concorrerem a determinada eleição, na qual a lei, por equiparação, atribui àquela alguns efeitos, considerando-a como um partido autônomo, no que se refere ao processo eleitoral e no relacionamento com a Justiça Eleitoral.⁴¹⁴

Djalma Pinto, por sua vez, pontifica que a coligação partidária é a reunião de partidos, em determinado pleito, para buscarem juntos a conquista do poder público. Podem as agremiações celebrar coligações para a eleição majoritária, proporcional ou para ambas.⁴¹⁵

O instituto das coligações ou alianças partidárias há mais de sete décadas está presente na história brasileira, desde a previsão legal do primeiro Código Eleitoral (Decreto nº 21.076 de 24/02/1932), que inseriu no sistema político brasileiro o sistema de representação proporcional, no qual foi prevista a possibilidade de a “aliança de partidos” registrar candidatos à eleição (art. 58, § 1º). Desde então, independentemente da denominação

⁴¹² BASTOS, op. cit., p. 134.

⁴¹³ Cf. CF/88, art. 17.

⁴¹⁴ SILVA, Marcos Vinícius Linhares Constantino da. *Registro de candidatura*. Aracaju: Pontual, 2002. p. 24.

⁴¹⁵ PINTO, D., 2008, p. 125.

de coligação ou aliança, é possível conceituar como sendo a associação de partidos políticos com o objetivo de disputar eleições, apresentando, conjuntamente, candidatos ao pleito.⁴¹⁶

Adriano Soares da Costa aduz que a coligação é a união dos partidos políticos que a integram, durante o processo eleitoral, atuando para todos os fins como um único partido político, sendo a sua natureza jurídica definida pela legislação eleitoral. O Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), em seu art. 105, com a redação dada pela Lei nº 7.454/85, dispõe que fica facultado a dois ou mais partidos coligarem-se para registro de candidatos comuns a deputado federal, estadual e vereador. O § 1º do art. 6º da Lei nº 9.504/97 delimita adequadamente a sua estruturação e funcionamento, prescrevendo: a coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção das siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários.⁴¹⁷

Assim, as coligações, no período eleitoral, duram até a diplomação, que é o último procedimento do processo eleitoral. Entretanto, há atos a serem praticados pela coligação mesmo depois da diplomação, por isso é mais técnico e coerente dizer que ela tem duração enquanto ainda existam atos que exijam a sua participação.

Embora não tenham personalidade jurídica civil como os partidos políticos, as coligações formam um ente jurídico e funcionam como autênticos “partidos temporários”, na expressão do ministro Torquato Jardim⁴¹⁸ ou, no dizer do ministro Marco Aurélio, “a coligação ganha,

⁴¹⁶ ANDRADE, Jorge Marley de. Coligações Partidárias e Representação Política no Brasil. Revista da Biblioteca do TRE-SE. Vol. 1. 2009. p. 35-36. Disponível em: <http://www.tre-se.gov.br/servicos/biblioteca/BibliotecaVirtual/Publicacoes/TRESE/Revista_Biblioteca/n1_2009/Monografias/Monografia_ANDRADE.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2011.

⁴¹⁷ COSTA, Adriano Soares da. *A coligação e sua natureza jurídica. Proclamação dos eleitos e diplomação*. Disponível em: <<http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/2011/02/coligacao-e-sua-natureza-juridica.html>>. Acesso em: 7 jun. 2011.

⁴¹⁸ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Cons. 14.069/DF*. Resolução n. 14069. Min. Torquato Jardim. Sessão

pela ficção imposta, a condição de partido” durante o processo eleitoral. Portanto, os partidos que a compõem somente em conjunto podem peticionar, pedir registro, impugnar candidatos, recorrer, etc. É-lhes vedado, por isso mesmo, desistir isoladamente do pedido, ou pleitear em juízo em substituição à coligação.⁴¹⁹

Nesse sentido é o entendimento do TSE, conforme jurisprudência a seguir:

Consulta. Detentor. Cargo eletivo proporcional. Transferência. Partido integrante da coligação. Mandato. Perda.

1. A formação de coligação constitui faculdade atribuída aos partidos políticos para a disputa do pleito, conforme prevê o art. 6º, caput, da Lei nº 9.504/97, tendo a sua existência caráter temporário e restrita ao processo eleitoral.

2. Conforme já assentado pelo Tribunal, o mandato pertence ao partido e, em tese, estará sujeito à sua perda o parlamentar que mudar de agremiação partidária, ainda que para legenda integrante da mesma coligação pela qual foi eleito.

Consulta respondida negativamente.⁴²⁰ (sem grifos no original)

ELEIÇÕES 2004. REGISTRO DE CANDIDATO. COLIGAÇÃO PARA O PLEITO MAJORITÁRIO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS. EXTINÇÃO DA COLIGAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NÃO ADMITIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

Constituem-se as coligações partidárias por interesse comum para finalidade determinada - disputar eleição específica. A desistência dos candidatos, sem que a coligação lhes indique substitutos, extingue a coligação.

Sendo a coligação partidária pessoa jurídica pro tempore (Lei nº 9.504/97, art. 6º e seu § 1º), não se confunde com as pessoas individuais dos partidos políticos que a integram, ainda que todos.

*Os partidos políticos integrantes de uma coligação não a sucedem para o fim de substituição processual.*⁴²¹

Embora muitas vezes tenha o TSE consignado que a coligação tem “personalidade jurídica”, tecnicamente, o que esse ente tem é personalidade

de 16.12.93.

⁴¹⁹ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Rec. 14.898*. Rel. Min. Nilson Naves. Sessão de 25/09/1997.

⁴²⁰ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.439. Resolução nº 22.580 de 30/08/2007. Relator(a) Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT24277058§ionServer=TSE&docIndexString=1>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

⁴²¹ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 24.531. acórdão nº 24531 de 25/11/2004, Relator(a) Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT27068084§ionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

judiciária (capacidade processual), semelhante ao que acontece com o espólio, o condomínio, a herança jacente, etc.⁴²² Podemos, portanto, concluir que existem duas diferenças básicas entre uma coligação e um partido: o partido político é considerado pessoa jurídica de direito privado com caráter permanente, enquanto que a coligação é temporária e não tem personalidade jurídica.

3.2 Formação da coligação e sua atuação no processo eleitoral

Segundo a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a coligação passa a existir no momento em que é firmado o acordo de vontades entre as agremiações políticas que as integram. Assim, a partir desse acordo, considera-se que os partidos estão coligados. Dessa forma, a homologação do acordo pela Justiça Eleitoral, no processo de registro de candidatura, apenas terá o condão de reconhecer, com eficácia *ex tunc*, a regularidade dos atos até então praticados pela coligação, conforme se pronunciou o TSE no seguinte julgado:

Representação eleitoral. Propaganda eleitoral irregular. Propositura. Partido político integrante de coligação. Ilegitimidade ativa. Extinção sem julgamento do mérito.

1. *As coligações nascem do acordo de vontades das agremiações partidárias, o qual é deliberado em suas respectivas convenções, e não do ato de homologação da Justiça Eleitoral.* Precedente: Acórdão nº 15.529, Recurso Especial nº 15.529, rel. Ministro Eduardo Alckmin, de 29.9.98.

2. *Por conseguinte, o partido coligado não possui legitimidade para propor, isoladamente, representação prevista no art. 96 da Lei nº 9.504/97.*⁴²³ (sem grifos no original)

Após a formação da coligação, que se dá com acordo de vontades entre as agremiações partidárias, a coligação ganha *status* de partido, na medida em que assume, no processo eleitoral, todas as prerrogativas e obrigações

⁴²² BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe. Eleições 2010: Manual sobre registro de candidaturas – Versão Secretária. Aracaju: TRE-SE/Secretaria Judiciária, 2010. p. 17 Disponível em: <http://www.trese.jus.br/eleicoes/eleicoes2010/manuais/Manual_registro_candidatos_Eleicoes2010_versao_secretaria.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2011.

⁴²³ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 22.107. acórdão de 11/11/2004, Relator(a) Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral;plenario:acordao;arespe:2004-11-11;respe-22107>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

inerentes a um partido político no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários, como dispõe o artigo 6º, § 1º da Lei nº 9.504/97, *in verbis*:

A coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários.⁴²⁴

Como visto alhures, a personalidade judiciária da coligação perdura durante todo o processo eleitoral, da fase das convenções até a realização das eleições, dispondo de legitimidade para participar de todos os feitos daí decorrentes. Levando-se em conta que durante o período eleitoral a coligação funciona como uma unidade partidária, o partido integrante de coligação, em regra, não tem legitimidade para agir isoladamente em processos que se originam do processo eleitoral até o encerramento da respectiva eleição. Entretanto, essa regra não é absoluta, pois consoante jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, se o partido estiver apenas coligado para eleição majoritária, terá legitimidade para atuar isoladamente no âmbito de eleição proporcional, ou vice-versa⁴²⁵. Ademais, a Lei eleitoral nº 9.504/97, no art. art. 6º, § 4º, confirmando antigo posicionamento do TSE, reconhece legitimidade ao partido para agir isoladamente na hipótese de dissidência interna, ou quando questionada a validade da própria coligação:

O partido político coligado somente possui legitimidade para atuar de forma isolada no processo eleitoral quando *questionar a validade da própria coligação*, durante o período compreendido entre a data da convenção e o termo final do prazo para a impugnação do registro de candidatos.⁴²⁶ (sem grifos no original)

⁴²⁴ BRASIL, Lei nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 18 jun. 2011.

⁴²⁵ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral. acórdão nº 18.421 de 28/06/2001, Relator (a) Min. Jacy Garcia Vieira. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral;plenario:acordao;arespe:2001-06-28;respe-18421>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

⁴²⁶ BRASIL, Lei nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 23 jun. 2011.

Definida a sua formação nas convenções de cada um dos partidos políticos que a compõem, observando as normas definidas em seu estatuto, as coligações, nas eleições proporcionais, pedirão o registro dos candidatos até o dobro do número de lugares a preencher, diferentemente do partido político isolado, que poderá concorrer apresentando até 150% do número de lugares a preencher. E essa diferença de tratamento decorre de um fato simples: a coligação de partidos fortalece os seus candidatos na obtenção do quociente eleitoral e na luta por cadeiras no Legislativo.⁴²⁷

Esse fortalecimento dos candidatos pode ser observado nas vantagens advindas da deliberação de disputar o pleito eleitoral de forma coligada com outros partidos, como, por exemplo: a coligação tem possibilidade legal de registrar maior número de candidatos ao pleito proporcional, se comparado ao número de candidatos que podem apresentar os partidos que disputam a eleição isoladamente. Podendo registrar mais candidatos, o quociente partidário (número de eleitos pela legenda – partido isolado ou coligação) das coligações tem condição de ser maior por ser o somatório de todos os votos dados às legendas dos partidos coligados e aos candidatos registrados pela coligação, nos termos do artigo 107 do Código Eleitoral, o que significa maiores chances de um melhor resultado eleitoral.⁴²⁸

Os registros dos candidatos são feitos pela coligação, e não pelos partidos políticos que a compõem.⁴²⁹ Nas eleições proporcionais, pode-se observar a grande importância das coligações partidárias, pois se vota nominalmente em lista aberta, e os votos dos candidatos são computados para a coligação. Obtendo o quociente eleitoral, as coligações serão

⁴²⁷ BRASIL, art. 7º e § 1º do art. 10 da Lei nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 25 jun. 2011.

⁴²⁸ ANDRADE, Jorge Marley de. Coligações Partidárias e Representação Política no Brasil. Revista da Biblioteca do TRE-SE. Vol. 1. 2009. p. 40. Disponível em: <http://www.tre-se.gov.br/servicos/biblioteca/BibliotecaVirtual/Publicacoes/TRESE/Revista_Biblioteca/n1_2009/Monografias/Monografia_ANDRADE.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2011.

⁴²⁹ BRASIL, art. 11 da Lei nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 28 jun. 2011.

contempladas segundo a ordem de votação recebida pelos candidatos. Nas eleições proporcionais, em que a distribuição de cadeiras entre os partidos políticos é realizada em razão da votação por eles obtida, não se desconhece que, fora das coligações, muitas agremiações partidárias, atuando isoladamente, sequer conseguiriam eleger seus próprios candidatos, eis que incapazes elas mesmas de atingir o coeficiente eleitoral.

No entanto, a obtenção de resultados eleitorais positivos seria mais facilmente alcançável se as agremiações, ao disputar o processo eleitoral, o fizessem no âmbito de uma coligação partidária, pois seria mais viável o quociente eleitoral necessário à distribuição de lugares nas casas legislativas.⁴³⁰

Portanto, nas eleições proporcionais, são considerados, para efeito do aferimento das vagas da coligação, os votos concedidos a todas as legendas que a integram. E sendo assim, não se pode negar a importância dos partidos coligados para o resultado da eleição, pois envidaram esforços, participaram da campanha, e seus candidatos auferiram votos, estes considerados no montante dado a toda a coligação, o que propiciou o êxito obtido.⁴³¹

Logrando êxito, a coligação torna-se vencedora, mantendo-se um grupo de partidos aliados, fiéis a determinadas ideologias, passando os eleitos a participarem do Legislativo com a força de coligação, permanecendo, quase sempre, a aliança eleitoral também no ambiente político-administrativo.

3.3 A extinção da coligação

Como se pode observar, a coligação é um partido político temporário, cuja existência se encerra após a proclamação dos eleitos. Não obstante,

⁴³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 30.380-DF. Julgado em 04/04/2011, Relator (a) Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+30380%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

⁴³¹ AGUIAR, Darlan Gomes de; LIMA, Ricardo de Sales Estrela. As Coligações, os partidos políticos e a infidelidade partidária sob a égide da CF/88 e leis infraconstitucionais em confronto com a resolução do TSE nº 22.610 aplicada às eleições proporcionais. Disponível em: <http://www.darlanaguaiaradv.jusbr.com/publicacao_view.jsp?idPub=783>. Acesso em: 5 jul. 2011.

permanece válido e eficaz o ato jurídico de proclamação dos eleitos e o diploma outorgado aos suplentes, na ordem da proclamação dos resultados.

Além de se desfazer a coligação com o encerramento das eleições, colhem-se da jurisprudência as seguintes situações que geram também a extinção da coligação: a) renúncia ou indeferimento do registro de todos os candidatos, sem que haja indicação de substitutos;⁴³² b) desfazimento do pacto (distrato) firmado pelas agremiações partidárias que integravam a respectiva coligação; c) extinção ou retirada de um dos partidos políticos que integravam a coligação, na hipótese de ser formada por apenas duas agremiações.⁴³³

3.4 As coligações partidárias e a representatividade partidária no regime democrático brasileiro

A vontade do povo é a base da autoridade do governo. A igualdade política encontra realização nos partidos políticos, que organizam a conquista e o exercício do poder político. A democracia é considerada o regime pelo qual os governantes são escolhidos pelos governados em eleições livres e diretas por meio dos partidos políticos.⁴³⁴

Flávia Ribeiro leciona que o regime democrático tem nos seus diferentes modelos inata capacidade adaptativa em seus princípios, sempre demonstrando sensibilidade às exigências renovadoras de cada época, reajustando os seus acumulativos legados históricos, acolhendo significativas transformações ditadas pelas mutações culturais, sociais, econômicas e políticas, enfrentando, aprofundando e reforçando o próprio substrato da legitimidade, elevando as desacomodações temporais e cultivando aprimoramentos que por vezes ampliam a quantidade ou a qualidade no acesso participativo do povo, mantido em relação interdependente com a

⁴³² BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 24.035*. Julgado em 07/12/2004, Relator (a) Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral;plenario:acordao;earespe:2004-12-07;respe-24035>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

⁴³³ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 13.112 de 01/04/1997*. Relator(a) Min. Ilmar Nascimento Galvão. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral;plenario:acordao;respe:1997-04-01;respe-13112>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

⁴³⁴ NOGUEIRA, José da Cunha. *Manual prático de direito eleitoral*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 6.

liberdade e a igualdade disseminadas por todos os espaços políticos que propiciam condições nas quais as manifestações eletivas ou as deliberações diretas se tornem mais genuínas e menos desfiguradas.⁴³⁵

O sistema representativo é uma variante da concepção do governo democrático, tendo este de permanecer ajustado em demonstração de sua persistente adequação aos parâmetros fundamentais hauridos nos substratos da legitimidade, que ordenam o Estado Democrático de Direito, de onde se irradia o espírito que anima os postulados fundamentais com os quais se plasma e subsiste a unidade da ordem constitucional.⁴³⁶

A questão, a saber, é se a possibilidade jurídica das coligações partidárias para a disputa eleitoral prevista no sistema político-eleitoral brasileiro seria incoerente com a representatividade partidária no regime democrático brasileiro.

Nas eleições majoritárias, embora a técnica do escrutínio seja uninominal ou unipessoal, o voto é destinado ao partido político, logo, coincidem os protagonistas do processo eleitoral, o partido e o candidato. Por essa razão é razoável identificar, sob o prisma jurídico, a representação partidária nas eleições majoritárias. Mas as eleições proporcionais ressaltam a importância dos partidos políticos e dão consistência à representação partidária. Nessas eleições, a organização das candidaturas e a técnica do escrutínio gravitam em torno dos partidos políticos. Além de serem os destinatários dos votos, a exigência do quociente eleitoral e do quociente partidário reforçam a ideia da representação partidária.⁴³⁷

Ao votar na legenda, quando esta se encontra coligada, o eleitor não tem a garantia de que seu voto ajudará a eleger especificamente um candidato do seu partido preferido. Na prática, esse voto é contabilizado apenas para definir o total de cadeiras obtidas pela coligação.⁴³⁸

⁴³⁵ RIBEIRO, Flávia. *Direito eleitoral*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 88-89.

⁴³⁶ RIBEIRO, loc. cit.

⁴³⁷ MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Melhoramentos, 1994. p. 173.

⁴³⁸ NICOLAU, Jairo Marconi. *Multipartidarismo e democracia*. Rio de Janeiro: FGV, 1996. p. 118.

Segundo Jorge Marley de Andrade, há uma possibilidade de descompasso entre a votação e a vontade do eleitor quando, nas eleições majoritárias, havendo uma coligação, vices e suplentes são eleitos juntamente com os titulares, porque geralmente envolve mais de um partido integrante da coligação e o voto é feito no número que corresponde à legenda do partido dos titulares. Dessa forma, o eleitor estaria dando o seu voto a um partido e elegendo representante de outro partido, apesar da obrigatoriedade de que, na propaganda eleitoral, se esclareça o eleitor sobre as legendas partidárias componentes da coligação e a obrigatoriedade de menção dos nomes dos vices e suplentes.⁴³⁹

A definição de eleitos e suplentes, nas eleições proporcionais, segundo a regra estabelecida nos arts. 108 e 112, I, do Código Eleitoral, deve se dar na ordem da votação nominal dos candidatos de toda a coligação. Não havendo, portanto, um cálculo em que se definam os eleitos pelos resultados da votação dos partidos, dentro da coligação. Isso implica que um partido integrante da coligação, ainda que bem votado, não tem qualquer garantia de obter candidato eleito.⁴⁴⁰

Na mesma linha, José Giusti Tavares afirma que:

[...] as alianças eleitorais em eleições legislativas proporcionais obscurecem e, no limite, fazem desaparecer a identidade e o alinhamento dos partidos no parlamento. Portanto, inconsistentes com a lógica da representação proporcional, as coligações interpartidárias eleitorais devem ser proibidas pela legislação em regimes proporcionais.⁴⁴¹

Com base nessas premissas, Jorge Marley de Andrade conclui que a possibilidade jurídica do instituto das coligações partidárias, presente em

⁴³⁹ ANDRADE, Jorge Marley de. Coligações Partidárias e Representação Política no Brasil. *Revista da Biblioteca do TRE-SE*. 2009. v. 1, p. 44. Disponível em: <http://www.tre-se.gov.br/servicos/biblioteca/BibliotecaVirtual/PublicacoesTRESE/Revista_Biblioteca/n1_2009/Monografias/Monografia_ANDRADE.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2011.

⁴⁴⁰ ANDRADE, Jorge Marley de. Coligações Partidárias e Representação Política no Brasil. *Revista da Biblioteca do TRE-SE*. 2009. v. 1, p. 44. Disponível em: <http://www.tre-se.gov.br/servicos/biblioteca/BibliotecaVirtual/PublicacoesTRESE/Revista_Biblioteca/n1_2009/Monografias/Monografia_ANDRADE.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2011.

⁴⁴¹ TAVARES, José Antônio Guisti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996. p. 396.

nosso sistema eleitoral, quer seja para a representação proporcional, quer para a representação majoritária, é incompatível com a autenticidade/legitimidade do regime democrático participativo representativo partidário estabelecido pela vontade constitucional brasileira, vontade esta confirmada pela legislação infraconstitucional que estabelece o sistema político partidário.⁴⁴²

Entretanto, a Constituição Federal adotou, expressamente, o sistema proporcional para determinados cargos no âmbito legislativo federal, estadual e municipal, fixou as hipóteses em que o suplente será convocado e definiu, *a posteriori*, que os partidos poderão formar amplas coligações partidárias, inclusive, sem qualquer coerência com as esferas federal, estadual e municipal. Coube, então, à legislação infraconstitucional disciplinar a forma como os candidatos são escolhidos pelo sistema proporcional brasileiro. Dessa forma, de acordo com a Constituição brasileira e as leis infraconstitucionais, o povo vota nos candidatos da coligação, que devem ter ideologias simétricas, e o povo terá o direito de ver os representantes preferidos dessa coligação, conforme votação atribuída internamente, exercerem as suas atribuições.

Entendemos que a formação das coligações não fere a legitimação democrática, pois o propósito que anima a formação das coligações partidárias é a luta contra a marginalização dos grupos minoritários em sua disputa pelo poder, pois, como já vimos, fora das coligações, muitas agremiações partidárias, atuando isoladamente, sequer conseguiriam eleger seus próprios candidatos. Por conseguinte, a preservação do direito das minorias que buscam, pela via democrática do processo eleitoral, o acesso às instâncias do poder qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

Na democracia, governa a maioria, mas, em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos, aquela, ao

⁴⁴² ANDRADE, Jorge Marley de. Coligações Partidárias e Representação Política no Brasil. *Revista da Biblioteca do TRE-SE*. 2009. v. 1, p. 44. Disponível em: <http://www.tre-se.gov.br/servicos/biblioteca/BibliotecaVirtual/Publicacoes/TRESE/Revista_Biblioteca/n1_2009/Monografias/Monografia_ANDRADE.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2011.

fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante: a de oposição institucional, a quem cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

A Constituição Brasileira é um ordenamento jurídico verdadeiramente democrático, em seu bojo garante todos os direitos das minorias e impede toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Por essa razão, a Lei Maior prevê o instituto jurídico das coligações partidárias como sendo um mecanismo que assegura a representação proporcional, desempenhando um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.

4 O ativismo judicial do STF na questão da titularidade do mandato eletivo

4.1 O surgimento do ativismo judicial

O ativismo judicial foi citado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para ele, há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos.⁴⁴³

No Brasil, o ativismo judicial surgiu em decorrência de um conjunto de fatores que permitiram a expansão do Poder Judiciário. Dentre esses fatores que propiciaram a expansão do Judiciário, cabe destacar: a supremacia da Constituição, a constitucionalização do direito, o neoconstitucionalismo, a judicialização da política e a redemocratização.⁴⁴⁴

A supremacia da Constituição significa, sob o aspecto material, que nenhuma lei ou ato jurídico terá validade se não estiver de acordo com as normas constitucionais e, sob o aspecto formal, que a constituição fixa a estrutura, o modo de organização, competências e atribuições dos poderes.

⁴⁴³ GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 3 ago. 2011.

⁴⁴⁴ JOSQUIN, Inessa Franco Ferreira. *Ativismo Judicial*. Monografia de conclusão de Curso à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Rio de Janeiro: 2009. p. 6. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/inessajisquin.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2011.

Essa supremacia significa ainda que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a quem confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. Esse é o fundamento sob o qual se construiu a teoria do controle de constitucionalidade, assim, é o controle de constitucionalidade que garante a supremacia da Constituição.⁴⁴⁵

No que concerne aos métodos de controle de constitucionalidade, o Brasil adota o sistema misto, em que se verifica tanto um método de controle difuso e incidental de constitucionalidade, originário do direito americano, como também um método concentrado e direto, proveniente do sistema europeu. No método difuso ou incidental, qualquer juiz pode se manifestar sobre a constitucionalidade das normas. No modelo concentrado, o controle é exercido apenas pelo STF, o único legitimado a analisar a norma direta e abstratamente, a fim de verificar a adequação com a Constituição. O princípio da presunção da constitucionalidade das normas vigora no ordenamento jurídico brasileiro, por isso somente o Poder Judiciário tem a competência de declarar a inconstitucionalidade das normas.⁴⁴⁶

A constitucionalização do direito serviu para colocar a Constituição no centro material do ordenamento jurídico. Saindo do centro formal que anteriormente ocupava, submeteu o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Dessa forma, os diversos ramos do Direito passaram por uma releitura para se adequarem à visão constitucional, e foi no Direito Civil que a constitucionalização causou maior impacto. O Código Civil, ideologicamente ancorado no Estado Liberal, no individualismo jurídico e nos valores patrimoniais, com a constitucionalização, incorporou como pilar fundamental o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual promoveu a despatrimonialização do Direito Civil e fez com que a aplicação dos direitos fundamentais fosse possível nas relações privadas.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ SILVA, J., 2010, p. 45-46.

⁴⁴⁶ MENDES, G.; COELHO, I.; BRANCO, P.; 2009, p. 1007-1010.

⁴⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 141, janeiro/março de 1999. p. 102. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/53950495/01-Constitucionalizacao-do-Direito-Civil-Paulo-Lobo>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

O sentimento constitucional contemporâneo passou a exigir que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana fundamente a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Mas há divergência sobre a forma de aplicação dessas normas às relações privadas, se seria de forma indireta e mediata por meio de cláusulas abertas, ou se seria por meio de ponderação entre os Princípios Constitucionais da Livre Iniciativa e da Autonomia da Vontade de um lado e os Direitos Fundamentais de outro. Mas não há dúvidas de que as cláusulas abertas e a Ponderação dos Princípios foram determinantes para a expansão do Poder Judiciário.⁴⁴⁸

As cláusulas abertas, também denominadas de conceitos jurídicos indeterminados ou gerais, são aquelas que exigem do aplicador a valoração dos termos, ou expressões para que se garantam significado à sua aplicação. Agindo dessa forma, o aplicador do direito passa a participar do processo legislativo, saindo o juiz da posição de mero aplicador da norma para assumir uma posição de garantidor de valores abstratos.⁴⁴⁹

A Ponderação dos Princípios também fortaleceu o Poder Judiciário. Trazida pela onda do neoconstitucionalismo, a força normativa dos princípios atribuiu poderes de interpretação e valoração das normas ao juiz. A partir do neoconstitucionalismo, passou-se a considerar a Constituição como um sistema de regras e princípios, não restando mais dúvidas de que os princípios são normas jurídicas. Cabe ao juiz solucionar os conflitos entre os princípios, por meio de sua valoração, considerando as circunstâncias do caso concreto, devendo decidir em favor do princípio que, à luz da sua interpretação, deva preponderar sem que se invalide o outro bem jurídico tutelado pela aplicação das concessões recíprocas.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas*. p. 10. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505193174218181901.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2011.

⁴⁴⁹ JOSQUIN, Inessa Franco Ferreira. *Ativismo judicial*. Monografia de conclusão de Curso à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Rio de Janeiro: 2009. p. 8. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/inessajisquin.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2011.

⁴⁵⁰ JOSQUIN, Inessa Franco Ferreira. *Ativismo judicial*. Monografia de conclusão de Curso à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Rio de Janeiro: 2009. p. 9. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/inessajisquin.pdf>.

A politização da justiça ou a judicialização da política também é um fator propiciador do ativismo judicial e com este não se confunde. Também fruto do neoconstitucionalismo, pois as questões antes deixadas ao legislador ordinário, com a expansão da jurisdição constitucional, passaram a ser tratadas pela Constituição Federal, isso significou a transformação da política em Direito, na medida em que se transforma determinada matéria em um bem constitucionalmente tutelado. A judicialização significa que questões de repercussão política e social estão sendo levadas ao judiciário para serem por ele decididas.⁴⁵¹

A redemocratização também foi um elemento que influenciou o surgimento do ativismo judicial, uma vez que colocou o Poder Judiciário como um freio para os abusos cometidos pelos demais poderes e com a responsabilidade de preservar a aplicação da constituição e seus valores. A redemocratização também fez com que se reavivasse a cidadania, desenvolvendo mais a consciência da população acerca de seus direitos e garantiu, ainda, o fortalecimento de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, que tiveram suas atuações dilatadas, o que favoreceu a demanda por justiça na sociedade.⁴⁵²

Luís Flávio Gomes e Luiz Roberto Barroso acreditam que a nova composição do STF por ministros bastante preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais e a crise de funcionalidade do Poder Legislativo estimula não só a emissão de Medidas Provisórias pelo Executivo, como também o ativismo judicial,⁴⁵³ o que acaba fertilizando ainda mais um campo já favorável para o crescimento e desenvolvimento do ativismo judicial no Brasil, haja vista que, com o hiato legislativo em matérias relevantes, o ativismo judicial se apresentou como solução para a viabilização de comandos constitucionais.

www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/inessajisquin.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2011.

⁴⁵¹ JOSQUIN, loc.cit.

⁴⁵² JOSQUIN, loc. cit.

⁴⁵³ GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 8 ago. 2011.

4.2 Em que consiste o ativismo judicial

O ativismo judicial procura extrair ao máximo o potencial da Constituição, sem, contudo, invadir o palco de criação do direito. Não se deve confundir ativismo judicial com judicialização. Esta deriva do modelo constitucional seguido, e não emana de um exercício deliberado de vontade política. Discussões de largo alcance político são permitidas pela Constituição, o Judiciário decide porque assim tem que fazer. Por sua vez, o ativismo judicial é uma atitude, uma postura proativa de interpretar a Constituição e o ordenamento jurídico como um todo.⁴⁵⁴

Destarte, a forma de participação mais efetiva do Judiciário na materialização dos valores alçados constitucionalmente sintoniza com a noção de ativismo judicial. Um exemplo de ativismo judicial foi o julgamento sobre a fidelidade partidária, quando o STF, motivado pelo princípio democrático, decidiu que a vaga no Congresso Nacional compete ao partido político, surgindo uma nova espécie de perda no mandato parlamentar.

4.3 A orientação fixada pelo TSE e pelo STF a respeito da titularidade do mandato eletivo em caso de infidelidade partidária

A cultura brasileira sempre se baseou em uma estrutura partidária frágil, em que o órgão partidário sempre esteve sob o comando dos candidatos, com pouca vinculação às bases e com baixo nível de fidelidade partidária. Os partidos, na prática, costumam afastar o peso das bases partidárias, inclusive porque a atuação dessas bases sempre foi muito apática e apagada, com poucas exceções.

Com a abertura política, após o período da Ditadura Militar, o Brasil pôde usufruir da realidade política do pluripartidarismo, o que ocasionou o surgimento de diversas agremiações. Entretanto, as falhas do sistema partidário e da política brasileira fizeram com que os partidos políticos

⁴⁵⁴ NEUENSCHWANDER, Daniela Lemos. *Ativismo judicial em prol da sociedade*. 16 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.oabpe.org.br/comunicacao/artigos/5386-ativismo-judicial-em-prol-da-sociedade-daniela-lemos-neuenschwander.html>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

brasileiros fossem se enfraquecendo ao longo dos anos, passando algumas agremiações a atuar em benefício de pequeno grupo de filiados, os quais atuam em benefício próprio, desvirtuando a função precípua de um partido político, conforme já dito, de representar ideias e filosofias tendentes a contribuir com o engrandecimento da política pública e do Estado Democrático de Direito.⁴⁵⁵

Esse enfraquecimento partidário teve como principal consequência a falta de compromisso entre filiado e partido político. A fidelidade partidária é um elemento indispensável para o fortalecimento das instituições políticas. Durante muito tempo, valorizou-se o candidato em detrimento do partido, situação que facilitou a migração partidária com finalidade pessoal ou eleitoral, em face da ausência de compromisso com os programas partidários.⁴⁵⁶

Como já exposto, a Lei nº 9.096/95, que dispõe sobre os partidos políticos e regulamenta a Constituição Federal, em seu art. 15, estabelece que o Estatuto do Partido Político deve conter normas sobre a fidelidade e disciplina partidária, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurando amplo direito de defesa.⁴⁵⁷ A mesma lei, no seu art. 24, aduz que, na Casa Legislativa, o integrante da bancada do partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidário, na forma do Estatuto.⁴⁵⁸ Ainda no mesmo diploma, o seu art. 25 estabelece disposições tendentes a punir os violadores das regras mencionadas, prevendo a possibilidade de o estatuto acenar com punições que vão desde a suspensão do direito de voto nas reuniões internas até o desligamento do filiado da referida agremiação.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ ACCIOLY, Janine Adeodato. *Perda de mandato eletivo por infidelidade partidária*. Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista em Direito Eleitoral. Fortaleza – Ceará: 2009. p. 21. Disponível em: <[http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/220/1/Monografia%20Janine%20Adeodato %20Accioly.pdf](http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/220/1/Monografia%20Janine%20Adeodato%20Accioly.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2011.

⁴⁵⁶ ACCIOLY, loc. cit.

⁴⁵⁷ BRASIL, art. 15, inc. V da Lei nº 9.096 de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 14 ago. 2011.

⁴⁵⁸ Cf. art. 24 da Lei 9.096/95.

⁴⁵⁹ Cf. art. 25 da Lei 9.096/95.

Apesar de alguns esforços por parte do Poder Legislativo em prestigiar a fidelidade partidária, foi o Poder Judiciário o grande concretizador dessa premissa democrática.

Em 2007, O Tribunal Superior Eleitoral respondeu à Consulta 1.398, cujo questionamento foi o seguinte: os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito por um partido para outra legenda? O TSE, sob a relatoria do eminente ministro Francisco Cesar Asfor Rocha, deu nova interpretação às normas constitucionais, reconhecendo que o mandato pertence ao partido e não ao candidato eleito, o que culminou com a edição da Resolução 22.526, publicada em 08 de maio de 2007 e, após, a edição da resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007, que tratou especificamente do procedimento para a decretação da perda do mandato eletivo.

Conforme bem ensinou o ministro Francisco Cesar Asfor Rocha, quando de seu voto na consulta nº 1.398, formulada perante o egrégio TSE:

O vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, senão o único elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária⁴⁶⁰

Dessa forma, o TSE entendeu que o mandato eletivo pertence ao partido político, no qual o candidato foi eleito, sendo correto que a troca de legenda caracteriza ato de infidelidade partidária, que sujeitará ao infrator a perda do mandato.

Tal decisão utilizou como argumentos o art. 14, parágrafo 3º, inciso V, e o art. 17, parágrafo 1º, ambos da Constituição Federal, visto que, como já abordado, a filiação partidária é requisito de elegibilidade, sendo necessário que aquele que tem interesse de candidatar-se a cargo eletivo esteja

⁴⁶⁰ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1398, Brasília/DF. Resolução nº 22.526 de 27/03/2007.* Relator(a) Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT16452622§ionServer=TSE&docIncldeXString=14>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

devidamente filiado a um partido político, pelo menos, um ano antes das eleições. Ademais, o art. 17, parágrafo 1º da Constituição Federal, também diz que os partidos políticos têm autonomia para ditar regras e disciplinas sobre fidelidade partidária.

Os ministros do TSE utilizaram ainda como fundamento da referida decisão os artigos 108, 175, parágrafo 4º e art. 176, todos do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), que disciplinam sobre o quociente partidário e os votos de legenda no sistema eleitoral proporcional.

O Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a questão da titularidade do mandato eletivo, na ADI 3.999, reiterando o seu entendimento proferido quando do julgamento dos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604. O Supremo decidiu, por maioria, manter a decisão do TSE no sentido de que a titularidade do mandato eletivo pertencia ao partido político, sendo correto dizer que, segundo o ministro Celso de Mello, a vinculação entre o candidato e o partido político prolonga-se para depois das eleições.⁴⁶¹

Na ADI 3.999, ajuizada contra as resoluções nº 22.610/2007 e nº 22.733/2008, o STF entendeu que a fidelidade partidária condiciona o próprio funcionamento da democracia, pois impõe normas de preservação dos vínculos políticos e ideológicos entre eleitores, eleito e partido. O fato de os eleitos ficarem trocando de partido contamina o processo democrático e corrompe o funcionamento do Congresso.

Destarte, com grande repercussão favorável na imprensa nacional, o TSE e o STF assumiram um ativismo judicial de grande importância com relação à fidelidade partidária, uma vez que as decisões do TSE e da Suprema Corte representam a mais pura expressão do ativismo judicial, na medida em que esses tribunais atuaram num vácuo legislativo, visando consolidar a democracia e efetivar os direitos políticos fundamentais, embasando suas

⁴⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.999*. Brasília/DF. Relator(a) Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3999%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3999%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16 ago. 2011.

decisões no sentido de que as resoluções impugnadas situam-se em contexto excepcional e transitório e atuam como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária, enquanto o Poder Legislativo, órgão legítimo para dirimir as tensões típicas da matéria, não se pronuncia.

O que ocorreu foi que o Legislativo, apesar de perceber a necessidade de estabelecer regras de fidelidade partidária, demorou a legislar acerca da matéria. Com isso, o Poder Judiciário substituiu o Legislativo no exercício da função precipuamente legislativa, qual seja, a de criar o direito, fazendo uma interpretação constitucional de forma a extrair ao máximo o potencial da Constituição.

Verifica-se, portanto, que práticas do ativismo judicial como essa se tornam uma necessidade institucional, tendo em vista ser o Supremo o guardião da Constituição, devendo atuar quando a omissão do Legislativo reflete uma ofensa ao regime democrático.

4.4 O STF e os mandados de segurança nº 29.988 MC/DF e nº 30.380-MC/DF: ocorrida a vacância, a titularidade do mandato eletivo para a convocação do suplente pertence ao partido político ou à coligação?

Ocorre que, em dezembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o mandato de segurança nº 29.988, no qual se questionava se a vaga decorrente de renúncia a mandato parlamentar deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária ou apenas na ordem de suplentes pertencentes ao próprio partido político ao qual pertencia o parlamentar renunciante.⁴⁶²

O Supremo Tribunal Federal, em apertada votação, concedeu liminar, determinando que a vaga decorrente da renúncia de deputado federal fosse ocupada pelo primeiro suplente do partido e não pelo primeiro suplente da coligação. O relator Gilmar Mendes fundamentou a referida decisão proferida

⁴⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandato de Segurança nº 29.988 – DF*. Relator(a) Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&doc ID=1217998>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

na Consulta nº 1.398, dizendo já haver sido decidido pelo TSE que, no sistema proporcional (com regras de quociente eleitoral e quociente partidário), o mandato é do partido e a mudança de agremiação, após a diplomação, gera a perda do mandato pelo parlamentar. Com base na resolução nº 22.580/2007⁴⁶³, julgou que a formação de coligação é uma faculdade atribuída aos partidos políticos para disputa do pleito, tendo caráter temporário e restrito ao processo eleitoral. Assim, a decisão monocrática levou em conta que as coligações partidárias são pessoas jurídicas *por tempore* e, segundo o relator, a razão de sua formação e existência seria apenas determinada eleição, desfazendo-se a coligação logo que encerrado o pleito.

Entendeu o ministro Gilmar Mendes que o primeiro suplente do partido tem preferência em relação ao primeiro suplente da coligação, pois, segundo ele, esta seria a consequência lógica da aplicação da tese jurisprudencial construída pelo STF nos MS nº 26.602, 26.603 e 26.604, os famosos casos que versaram o tema fidelidade partidária. Portanto, a medida cautelar deferida no mandado de segurança nº 29.988, segundo o relator Gilmar Mendes, teve como causa e fundamento a ideia construída nos emblemáticos processos sobre fidelidade partidária de que o mandato é do partido político.

Citando Maurice Duverger na decisão em comento, o STF repetiu as palavras de Duverger quando este diz que os partidos políticos detêm um monopólio absoluto das candidaturas.⁴⁶⁴ Argumentou, ainda, que a filiação partidária, no sistema político da Constituição Federal, é uma condição de elegibilidade, como prescreve o art. 14, § 3º, inciso V da CF/88. E continuou fundamentando no art. 87 do Código Eleitoral, o qual aduz que somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos, e na Lei nº 9096/95, em seu art. 18, que dispõe que, para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos 1 (um) ano antes da data fixada para as eleições.

⁴⁶³ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 14.39. Resolução nº 22.580/2007*. Relator(a) Carlos Eduardo Caputo Bastos. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT32965507§ionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

⁴⁶⁴ DUVERGER, M., 1980, p. 388.

Reportou-se, também, ao que foi consignado pela Corte no julgamento do MS nº 27.938/DF, no sentido de que o reconhecimento de justa causa para a desfiliação partidária teria o condão apenas de afastar a pecha de infidelidade partidária e permitir a continuidade do exercício do mandato eletivo, mas não de transferir ao novo partido o direito de manutenção da vaga, caso viesse a ocorrer a vacância.

Não coadunamos com o entendimento construído no MS nº 29.988. Seguimos a divergência iniciada por Ricardo Lewandowski no julgamento deste MS, quando este eminente ministro diz que a coligação tem os mesmos direitos e deveres de um partido político, participa da campanha eleitoral com recursos humanos e financeiros, concorre para a formação do quociente eleitoral e consegue diplomar seus suplentes. Dessa maneira, no momento de escolha da ordem de convocação dos suplentes, não poderia a coligação ser alijada a pretexto de que ela se desfaz com o simples término das eleições.

Não contempla a melhor justiça permitir que a coligação possa servir para eleger candidatos, ofertando muitas vantagens para isso, e ser desconsiderada no momento de possibilitar o acesso dos seus suplentes ao mandato eletivo, porquanto foi o esforço conjunto dos partidos coligados que permitiram o somatório de votos para a eleição de candidatos e formação dos suplentes. O partido, isoladamente, não conseguiria ter o mesmo desempenho eleitoral.

Portanto, o fundamento jurídico dos processos julgados sobre a infidelidade partidária foi revisto para, por vias transversas, ceifar a representatividade popular. A Suprema Corte adotou tal entendimento, ao partir de uma premissa imposta em outro julgamento anterior (fidelidade partidária), esquecendo-se de que as coligações são verdadeiros partidos, cuja unidade precisa ser considerada durante toda a legislatura.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ RODRIGUES, Rodrigo Cordeiro de Souza. Partidos Políticos e Coligação: a sucessão dos suplentes. *Artigo publicado no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp?codigo=15443>. Acesso em: 25 ago. 2011.

O próprio Gilmar Ferreira Mendes, em seu livro, ensina que cumpre considerar a situação apresentada sobre a ótica do *distinguishing*, ou seja, deixando de aplicar o precedente anterior, à medida que entre este julgado e o novo caso existe circunstância fundamental que os distingam.⁴⁶⁶ O *distinguishing* deve ser feito entre o processo anteriormente julgado a respeito da fidelidade partidária e esse novo processo em que se discute se a vaga decorrente da vacância regular do mandato parlamentar deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária ou apenas na ordem de suplentes pertencentes ao próprio partido político ao qual pertencia o antigo parlamentar.

Caso não seja feito o *distinguishing*, os maiores prejudicados não serão os candidatos dos pequenos partidos e sim o povo, que votou nos candidatos, os quais deveriam ter ideologias simétricas de uma coligação, e não terá o direito de ver os representantes preferidos dessa coligação exercerem as suas atribuições⁴⁶⁷, o que violaria, no dizer de Caio Mario da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, a legitimação democrática.⁴⁶⁸

Com sorte, o ministro Celso de Mello, em maio do ano corrente, em juízo de sumária cognição da medida cautelar do mandado de segurança nº 30.380, percebeu que o tema a respeito da investidura de suplentes na hipótese de vacância regular na cadeira do titular tem fundamento jurídico diverso dos precedentes anteriormente julgados que tratavam sobre fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604). Nesses, foi apenas assentado que o mandato pertence ao partido quando verificada a infidelidade partidária sem justa causa. Portanto, o ministro concluiu que a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária é matéria totalmente diversa da convocação de suplentes no caso de vacância regular do mandato eletivo.

⁴⁶⁶ MENDES, G.; COELHO, I.; BRANCO, P.; 2009, p. 530.

⁴⁶⁷ RODRIGUES, Rodrigo Cordeiro de Souza. Partidos Políticos e Coligação: a sucessão dos suplentes. Artigo publicado no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <http://www.tjdf.t.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp?codigo=15443>. Acesso em: 25 ago. 2011.

⁴⁶⁸ VELLOSO, Caio Mario da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.4-6.

O mandado de segurança nº 30.380 foi impetrado com vistas a invalidar o ato do presidente da Câmara dos Deputados, que conferiu precedência à convocação do primeiro suplente da coligação partidária, filiado, no entanto, a outro partido político que não aquele detentor do mandato parlamentar. Mas o STF observou que o critério adotado pela Mesa da Câmara dos Deputados obedeceu à ordem de classificação encaminhada, a essa Casa Legislativa, pela própria Justiça Eleitoral, e caso prevaleça, no plenário da Corte Suprema, o entendimento firmado na cognição sumária do pleito cautelar do mandado de segurança nº 29.988, poderá vir a ocorrer uma substancial revisão de padrões até agora observados pela Justiça Eleitoral, pois, há anos, esta estabelece uma ordem de convocação para suplentes considerando a ordem de votação obtida pela coligação partidária, segundo o art. 4º, “caput”, da Lei nº 7.454/85.

Portanto, uma das razões do indeferimento do pleito cautelar foi a existência de uma prática institucional consolidada há décadas, não se revelando adequado desconstituir, em fase de cognição sumária, uma situação jurídica que se constituiu com estrita observância de sólidos precedentes judiciais do Tribunal Superior Eleitoral.

Além da preocupação de fazer incidir o Princípio da Segurança Jurídica sobre o comportamento dos órgãos e Poderes do Estado, o STF levou em consideração que o quociente eleitoral que assegurou lugar na cadeira de deputado a determinado candidato foi formado pelos votos da coligação partidária e não do partido político isolado. O Supremo esclarece que os precedentes que tratam do instituto da fidelidade partidária é matéria totalmente diversa da investidura de suplentes na hipótese de vacância regular na cadeira do titular. Por exemplo, quando há vacância por investidura em cargos do Executivo, o parlamentar faz uma opção política sem nenhum prejuízo para a legenda, que consentiu e é beneficiário do cargo. Já nos casos de infidelidade partidária sem justa causa, o partido é inequivocamente prejudicado.⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 30.380-DF*. julgado em 31/03/2011. Relator(a) Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>

Por conseguinte, proclamada a ordem de votação dos candidatos eleitos e seus respectivos suplentes da coligação partidária, formada estará a lista que deverá ser obedecida por ocasião da diplomação, nos termos do art. 215 do Código Eleitoral. Assim, no sistema proporcional adotado pelo legislador brasileiro, a formação da lista de eleitos e suplentes é feita a partir dos candidatos mais votados e apresentados por determinada coligação, que tem direitos assegurados pela lei.

O STF não desconhece que as coligações partidárias são criadas, especificamente, para atuar em determinado período (do registro de candidaturas até a diplomação dos candidatos eleitos e respectivos suplentes), todavia, elucida que os efeitos da coligação projetam-se para o futuro, em decorrência lógica do ato de diplomação. E tanto é assim que as coligações podem figurar como parte em processos eleitorais (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e Recurso Contra Expedição de Diploma) com evidente legitimação ativa *ad causam*, mesmo após a diplomação, na fase pós-eleitoral. O 1º suplente da coligação é o 1º suplente para ocupar a vaga do titular eleito pela coligação não porque a coligação continue existindo, mas, sim porque existe a proclamação das eleições e a diplomação dos suplentes, na ordem definida naquela. As coligações deixam de existir, mas, o resultado das eleições persiste no tempo, sendo eficaz e vinculante.

A transitoriedade da coligação não se confunde com os efeitos dos atos por ela praticados e dos resultados eleitorais por ela obtidos, que permanecem válidos e eficazes. Ao conferir precedência ao suplente da coligação, a autoridade coatora observou a diretriz que tem prevalecido, por décadas, no âmbito da Justiça Eleitoral, e certamente considerou a vontade coletiva dos partidos políticos que, fundados na autonomia que lhes outorgou a própria Constituição da República, uniram-se, transitoriamente, em função do processo eleitoral para, fortalecidos pelo esforço solidário de todos, atingir objetivos que de outro modo não conseguiriam atingir.⁴⁷⁰

jurisprudencia /listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+30380%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 26 ago. 2011.

⁴⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 30.380-DF*. julgado em 31/03/2011. Relator(a) Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia /listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+30380%2ENUME%2E%29&ba>>

O STF está correto ao dizer que o mandato, num sistema proporcional, pertence ao partido, mas isso apenas deve-se aplicar aos casos de infidelidade partidária, pois, aqui, o partido político sofre prejuízo com a vacância do cargo, devendo o suplente ser filiado ao partido vítima da infidelidade. Entretanto, quando se está diante de uma situação de vacância por qualquer outro motivo, que não seja infidelidade partidária, deve-se contemplar as coligações partidárias, pelo fato de nosso ordenamento admitir a criação dessas, e permitir que se comportem como apenas um partido político durante o pleito e, por essa razão, defina conjuntamente, o seu quociente partidário.

Hoje, o STF encontra-se dividido em sua jurisprudência pelas medidas cautelares dos mandados de segurança nº 29.988 e 30.380. A questão aguarda julgamento em plenário e espera-se que, nessa nova oportunidade, o plenário do STF aja com mais sensatez, interpretando a lei dos partidos políticos em consonância com os princípios constitucionais, de modo a confirmar a tese construída no pleito cautelar do mandato de segurança nº 30.380, pacificando a sua jurisprudência no sentido de que se considere a ordem de votação obtida pela coligação partidária na proclamação das eleições e na diplomação dos suplentes.

Conclusões

A República Federativa do Brasil traz em sua Constituição Federal o Princípio do Estado Democrático de Direito no *caput* do seu primeiro artigo, entendendo-se esse princípio como a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos.

A Constituição Federal determina as condições de elegibilidade como sendo: nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio na circunscrição eleitoral, filiação partidária e idade.

se=baseMonocraticas>. Acesso em: 26 ago. 2011.

Dessa forma, uma das condições de elegibilidade é também a filiação partidária. A base da estrutura democrática brasileira tem, portanto, assento partidário, não sendo admitida candidatura senão por intermédio de agremiação política, cujos estatutos deverão estabelecer normas ao partido.

A democracia participativa ou semidireta, prevista no art. 1º, parágrafo único, e no art. 14 da CF/88, contempla a participação popular no poder por intermédio de um processo político, no qual o exercício da soberania se instrumentaliza pelo plebiscito, referendo, iniciativa popular, bem como ajuizamento da ação popular. Portanto, a representação política se torna necessária na democracia participativa, assumindo o povo a responsabilidade de escolher seus representantes.

Já com relação às coligações partidárias, entendemos que a formação das coligações não fere a legitimação democrática, pois o propósito que anima a formação das coligações partidárias é a luta contra a marginalização dos grupos minoritários em sua disputa pelo poder, pois, como já vimos, fora das coligações, muitas agremiações partidárias, atuando isoladamente, sequer conseguiriam eleger seus próprios candidatos.

Em 2007, O Tribunal Superior Eleitoral respondeu à Consulta 1.398, cujo questionamento foi o seguinte: os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito por um partido para outra legenda? O TSE deu nova interpretação às normas constitucionais, reconhecendo que o mandato pertence ao partido e não ao candidato eleito.

O Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a questão da titularidade do mandato eletivo, na ADI 3.999, reiterando o seu entendimento proferido quando do julgamento dos mandados de segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604. O Supremo decidiu, por maioria, manter a decisão do TSE no sentido de que a titularidade do mandato eletivo pertencia ao partido político.

Ocorre que, em dezembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o mandato de segurança nº 29.988, no qual se questionava se a vaga decorrente de renúncia a mandato parlamentar deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária ou apenas na ordem de suplentes pertencentes ao próprio partido político ao qual pertencia o parlamentar renunciante.

Entendeu o ministro Gilmar Mendes que o primeiro suplente do partido tem preferência em relação ao primeiro suplente da coligação, pois, segundo ele, esta seria a consequência lógica da aplicação da tese jurisprudencial construída pelo STF nos MS nº 26.602, 26.603 e 26.604, os famosos casos que versaram o tema fidelidade partidária. Portanto, a medida cautelar deferida no Mandado de Segurança nº 29.988, segundo o relator Gilmar Mendes, teve como causa e fundamento a ideia construída nos emblemáticos processos sobre fidelidade partidária de que o mandato é do partido político.

Entretanto, o ministro Celso de Mello, em maio do ano corrente, em juízo de sumária cognição da medida cautelar do mandado de segurança nº 30.380, percebeu que o tema a respeito da investidura de suplentes na hipótese de vacância regular na cadeira do titular tem fundamento jurídico diverso dos precedentes anteriormente julgados que versavam sobre fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604). Nesses, foi apenas assentado que o mandato pertence ao partido quando verificada a infidelidade partidária, sem justa causa. Portanto, o ministro concluiu que a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária é matéria diversa da convocação de suplentes no caso de vacância regular do mandato eletivo.

A transitoriedade da coligação não se confunde com os efeitos dos atos por ela praticados e dos resultados eleitorais por ela obtidos, que permanecem válidos e eficazes. Hoje, o STF se encontra dividido em sua jurisprudência pelas medidas cautelares dos mandados de segurança nº 29.988 e 30.380. A questão aguarda julgamento em plenário. Espera-se que, nessa nova oportunidade, o STF confirme a tese construída no pleito cautelar do mandato de segurança nº 30.380, de modo a pacificar a sua jurisprudência no sentido de que se

considere a ordem de votação obtida pela coligação partidária na proclamação das eleições e na diplomação dos suplentes.

Referências

ACCIOLY, Janine Adeodato. *Perda de mandato eletivo por infidelidade partidária*. Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista em Direito Eleitoral. Fortaleza – Ceará: 2009. Disponível em: <<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/220/1/Monografia%20Janine%20Adeodato%20Accioly.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

AGUIAR, Darlan Gomes de; LIMA, Ricardo de Sales Estrela. *As Coligações, os partidos políticos e a infidelidade partidária sob a égide da CF/88 e leis infraconstitucionais em confronto com a resolução do TSE nº 22.610 aplicada às eleições proporcionais*. Disponível em: <http://www.darlanaguiaadv.jusbr.com/publicacao_view.jsp?idPub=783>. Acesso em: 5 jul. 2011.

AIETA, Vânia Siciliano. *Tratado de direito político*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. t. 4.

ANDRADE, Jorge Marley de. Coligações Partidárias e Representação Política no Brasil. *Revista da Biblioteca do TRE-SE*. Vol. 1. 2009. p. 44. Disponível em: <http://www.tre-se.gov.br/servicos/biblioteca/BibliotecaVirtual/PublicacoesTRESE/Revista_Biblioteca/n1_2009/Monografias/Monografia_ANDRADE.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2011.

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 13. Ed. São Paulo: Globo, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL, Código Eleitoral. Lei 4.737 de 15 de julho de 1965. In: *VADE MECUM*. 11. Ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 615-644.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM*. 11. Ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 23-81.

_____. *Lei nº 9.096 de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 14 ago. 2011.

_____. *Lei nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 28 jun. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.999*. Brasília/DF. Relator(a) Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3999%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3999%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandato de Segurança 29988 – DF*. Relator(a) Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1217998>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança 30380-DF*. Julgado em 31/03/2011. Relator(a) Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+30380%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

_____. Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe. *Eleições 2010: Manual sobre registro de candidaturas – Versão Secretária*. Aracaju: TRE-SE/Secretaria Judiciária, 2010. p. 17 Disponível em: <http://www.trese.jus.br/eleicoes/eleicoes2010/manuais/Manual_registro_candidatos_Eleicoes2010_versao_secretaria.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral, acórdão nº 18.421*. Julgado em 28/06/2001. Relator (a) Min. Jacy Garcia Vieira. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral;plenario:acordao;arespe:2001-06-28;respe-18421>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 22.107*. Julgado em 11/11/2004. Relator(a) Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral;plenario:acordao;arespe:2004-11-11;respe-22107>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 1.398, Brasília/DF. Resolução nº 22.526*. Julgado em 27/03/2007. Relator(a) Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. Disponível em:

<<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT16452622§ionServer=TSE&docIndexString=14>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 14.069, Brasília/DF*. Resolução 14.069 julgado em 16/12/1993. Relator(a) Min. Torquato Jardim. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT8590305§ionServer=TSE&docIndexString=1>> Acesso em: 9 jun. 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 1.439. Resolução nº 22.580/2007*. Relator(a) Carlos Eduardo Caputo Bastos. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT32965507§ionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 24.035*. Julgado em 07/12/2004. Relator (a) Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral;plenario:acordao;earespe:2004-12-07;respe-24035>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 24.531*. Acórdão nº 24.531 de 25/11/2004. Relator(a) Min. Luiz Carlos Lopes Madeira. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT27068084§ionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 13.112*. Julgado em 01/04/1997. Relator(a) Min. Ilmar Nascimento Galvão. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral;plenario:acordao;respe:1997-04-01;respe-13112>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 14.898*. Julgado em 25/09/1997. Relator(a) Min. Nilson Vital Naves. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:tribunal.superior.eleitoral;plenario:acordao;respe:1997-09-25;respe-14898>>. Acesso em: 9 jun. 2011.

BOBBIO, Noberto. *Dicionário de política*. 4. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. v. 2.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas*. p. 10 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505193174218181901.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHACON, Vamireh. *História dos partidos brasileiros*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981. v. 5.

COSTA, Adriano Soares da. *A coligação e sua natureza jurídica. Proclamação dos eleitos e diplomação*. Disponível em: <<http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/2011/02/coligacao-e-sua-natureza-juridica.html>>. Acesso em: 7 jun. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar Ed.; Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e Teoria dos Partido Políticos no Brasil*. 3. Ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1980.

GENRO, Tarso. Os fundamentos da Constituição no Estado de Direito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 14, nº 2.164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 8 ago. 2011.

JOSQUIN, Inessa Franco Ferreira. *Ativismo judicial*. Monografia de conclusão de Curso à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Rio de Janeiro: 2009. p. 9. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/inessajisquin.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, nº 141, janeiro/março de 1999. p. 102. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/53950495/01-Constitucionalizacao-do-Direito-Civil-Paulo-Lobo>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Melhoramentos, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

NEUENSCHWANDER, Daniela Lemos. *Ativismo Judicial em prol da sociedade*. 16 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.oabpe.org.br/comunicacao/artigos/5386-ativismo-judicial-em-prol-da-sociedade-daniela-lemos-neuenschwander.html>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

NICOLAU, Jairo Marconi. *Multipartidarismo e democracia*. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOGUEIRA, José da Cunha. *Manual prático de direito eleitoral*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PINTO, Djalma. *Improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RIBEIRO, Flávia. *Direito eleitoral*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Rodrigo Cordeiro de Souza. Partidos Políticos e Coligação: a sucessão dos suplentes. *Publicado no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp?codigo=15443>. Acesso em: 25 ago. 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. 3. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Marcos Vinícius Linhares Constantino da. *Registro de candidatura*. Aracaju: Pontual, 2002.

VELLOSO, Caio Mario da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, José Antônio Guisti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

CATEGORIA

Profissionais

FINANCIAMENTO DE CAMPANHA EM PERSPECTIVA COMPARADA: UMA ANÁLISE EXPLORATÓRIA

Dalson Brito Figueiredo Filho

Natália Maria Leitão de Melo

Resumo

Analisa o financiamento de campanhas eleitorais em perspectiva comparada, concedendo especial atenção aos casos do Brasil e dos Estados Unidos. O foco repousa sobre o grau de regulamentação sobre as fontes de financiamento. Metodologicamente, o desenho de pesquisa utiliza a técnica de análise aninhada, combinando estatística descritiva com estudo de caso e análise documental (legislação e jurisprudência). Os resultados sugerem que na maior parte dos países a regulamentação sobre as fontes de financiamento é bastante limitada. No entanto, Brasil e Estados Unidos apresentam altos níveis de controle sobre a origem dos recursos que financiam as campanhas eleitorais, a despeito das grandes diferenças em seus desenhos institucionais. Contribui para melhor compreender as regras que regulamentam o financiamento de campanha já que o aperfeiçoamento do regime democrático depende dos efeitos produzidos pelas regras eleitorais.

Palavras-chave: Financiamento de campanha. Direito comparado. Brasil. Estados Unidos.

Abstract

The principal aim of this paper is to analyze campaign finance in a comparative perspective, giving special attention to cases of Brazil and the United States. The focus regards the level of regulation on the sources of campaign finance. Methodologically, the research design adopts nested analysis technique, combining descriptive statistics with deep case studies and documental analysis (legislation and jurisprudence). The results suggest that most countries show low levels of campaign finance regulation. However, both Brazil and the United

States display higher levels of control over campaign finance sources, despite of their widely different institutional designs. This paper aims to develop our understanding on the rules regulating campaign finance since the improvement of the democratic system depends upon the effects of electoral rules.

Keywords: Campaign finance. Comparative law. Brazil. United States.

1 Introdução

Estimar em que medida as regras eleitorais produzem os seus efeitos esperados é um dos principais desafios enfrentados não só pelos estudiosos do assunto, mas também pelos formuladores de políticas públicas⁴⁷¹. Esse argumento ganha ainda mais força ao se considerar a realidade de países em que a instituição responsável por regulamentar/fiscalizar as eleições não oferece tecnologias para a coleta, o processamento e a divulgação sistemática de informações. Esse impedimento gera diversos efeitos perversos. Primeiro, dificulta o conhecimento de como as instituições funcionam. Por consequência, inibe a realização de estudos em perspectiva comparada, restringindo a difusão de práticas institucionais eficientes. Além disso, a ausência de informações sobre o funcionamento das eleições reduz a transparência das ações públicas, violando o princípio da publicidade⁴⁷². Isso porque não é possível saber em que medida os procedimentos adotados por indivíduos, partidos políticos e instituições obedecem às prescrições legais. Em conjunto, esses obstáculos comprometem não só o funcionamento do sistema eleitoral, mas principalmente o aperfeiçoamento do regime democrático⁴⁷³.

⁴⁷¹ Para o leitor interessado em aprofundar seus conhecimentos sobre sistemas eleitorais em geral, ver Cox (1990), Lijphart (1994), Norris (1997) e Boix (1999). Para os trabalhos semanais, ver Duverger (1963) e Rae (1967). Para trabalhos em perspectiva comparada, ver Jones (1995), Colomer (2004) e Golder (2005). Para trabalhos especificamente sobre o Brasil, ver Mainwaring (1991), Samuels (1999) e Ames (2003).

⁴⁷² No Brasil, os princípios que informam o funcionamento da administração pública direta e indireta estão devidamente positivados no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, registre-se: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A doutrina identifica a existência de outros princípios igualmente importantes, mas que não estão explicitamente positivados na Lei Maior, por exemplo, razoabilidade, motivação, autotutela, controle jurisdicional e segurança jurídica, proporcionalidade.

⁴⁷³ Felizmente, esse não é o caso do Brasil. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) oferece uma quantidade significativa de dados em diferentes níveis de agregação (nacional, regional, estadual) e por clivagens distintas (eleitorado, partidos, contas eleitorais, etc.). Além disso, existe informação não só sobre jurisprudência e legislação eleitoral, mas também é possível realizar consultas eletrônicas, realizando

O principal objetivo dessa monografia é analisar o financiamento de campanhas eleitorais em perspectiva comparada, concedendo especial atenção aos casos do Brasil e dos Estados Unidos. O foco da análise repousa sobre o grau de regulamentação sobre as fontes de financiamento eleitoral⁴⁷⁴. Parte-se do pressuposto de que o financiamento das eleições é um componente essencial das regras eleitorais e identificar os mecanismos que operam na relação entre as fontes de financiamento e o funcionamento do sistema político é decisivo para aprimorar o desenho institucional. Em termos metodológicos, a pesquisa utiliza a técnica de análise aninhada (*nested analysis*), combinando estatística descritiva com estudos de caso e análise documental (legislação e jurisprudência).

Para tanto, essa monografia está dividida da seguinte forma: a próxima seção contextualiza o problema de pesquisa, *financiamento das campanhas eleitorais*, dentro das teorias da regulação. O objetivo é justificar teoricamente as motivações dos atores analisados – grupos de interesse e políticos. Depois disso, o foco da análise se direciona para a literatura especializada sobre gastos de campanha e resultados eleitorais. A meta é familiarizar o leitor com a produção acadêmica sobre o assunto. A terceira parte descreve a metodologia utilizada. O intuito é deixar claros os procedimentos adotados, facilitando a eventual replicabilidade do presente estudo (KING, 1995). A quarta seção apresenta os resultados de pesquisa. A quinta parte apresenta um breve histórico sobre o financiamento de campanha no Brasil e nos Estados Unidos. O objetivo é oferecer uma perspectiva analítica comparada a respeito do desenvolvimento da legislação que regula o financiamento das campanhas eleitorais. Por fim, a conclusão sumariza os principais resultados dessa monografia.

download dessas informações. Existe ainda a Revista Eletrônica EJE, que veicula entrevistas, reportagens e artigos sobre eleições e assuntos correlatos.

⁴⁷⁴ Zovatto (2005) analisou o financiamento de campanha em 18 países da América Latina e, salvo engano, constitui o trabalho pioneiro em língua portuguesa sobre o assunto. Posteriormente, Peixoto (2009) examinou o financiamento de campanhas eleitorais em perspectiva comparada, utilizando uma amostra maior. Bourdoukan (2010) também o fez, conferindo especial atenção aos casos do Brasil e do Reino Unido.

2 Desenvolvimento

2.1 Financiamento de campanha e as teorias da regulação

Para Smith (2001), “a regulamentação do financiamento de campanha é usualmente compreendido como necessário para atingir dois importantes objetivos: a promoção da igualdade política e a prevenção da corrupção política” (SMITH, 2001, p. 40). Normativamente, a defesa desses objetivos se baseia numa combinação de pressupostos teóricos e empíricos a respeito do papel do dinheiro no processo político (SMITH, 2001). Vejamos alguns: (1) muito dinheiro é despendido no financiamento das eleições; (2) campanhas políticas dependentes de doações corporativas (grupos de interesse) não são representativas dos desejos da população, mas sim enviesadas em favor dos grupos doadores; (3) o gasto de campanha influencia decisivamente os resultados eleitorais, ou seja, é possível transformar dinheiro em votos, ferindo o princípio do governo democrático representativo e (4) as contribuições de campanha exercem um efeito deletério sobre o comportamento congressual, isso porque congressistas trocam decisões e/ou não decisões políticas por doações de campanha.

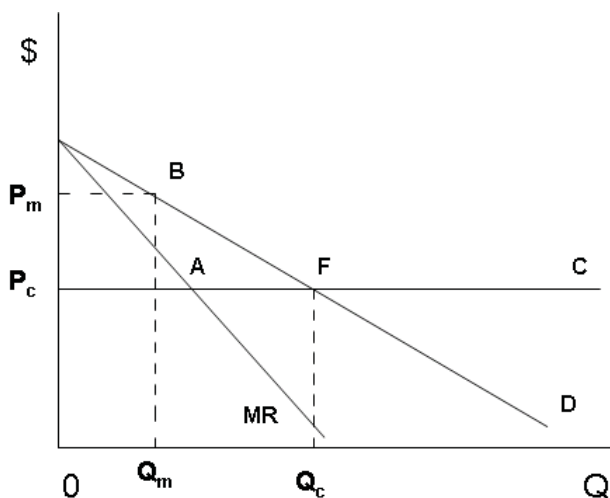
Teoricamente, o debate sobre o financiamento das campanhas eleitorais remonta a um tema mais amplo: a interação entre interesses privados e decisões governamentais. Como e em que medida os grupos de interesse influenciam as decisões públicas? Smith (1995) sugere duas principais variáveis explicativas: contribuições de campanha e atividades de *lobby*⁴⁷⁵. Assumindo que a essência da política pode ser sintetizada pela máxima “quem ganha o quê, quando e como”, surge uma pergunta: o que os grupos de interesse querem, como operam e como as suas estratégias de atuação variam no tempo? (SANTOS, 2011). É nesse sentido que estimar em que medida os interesses privados influenciam as decisões públicas se tornou

⁴⁷⁵ Salvo engano, as mais completas revisões da literatura sobre grupos de interesse escritas por autores brasileiros podem ser encontradas em Mancuso (2007) e Santos (2011). Em particular, Mancuso (2007) representa o estudo pioneiro no Brasil que utiliza sistematicamente o *lobby* como variável explicativa. Por sua vez, Santos (2011) analisa a relação entre o *lobby* da indústria e o comportamento congressual dos deputados brasileiros no período pós 88.

um tema seminal na Ciência Política e na Economia (BUCHANAN e TULLOCK, 1962; STIGLER, 1971; PINCUS, 1975; POSNER, 1975; MCCHESENEY, 1997).

Por exemplo, a tradição da Escola de Chicago analisou em que medida a regulação será formulada para beneficiar o interesse público, isto é, minimizando os efeitos de externalidades negativas⁴⁷⁶ e de monopólio sobre o bem-estar agregado da sociedade ou será capturada pelos regulados. De acordo com Stigler (1971), “os principais objetivos da teoria econômica da regulação são explicar quem receberá os benefícios ou os custos da regulação, que forma ela tomará e os seus efeitos sobre a alocação de recursos” (STIGLER, 1971: 01). Em seu modelo, um ente regulador é pressionado a responder às demandas não só dos grupos de interesse, mas também dos usuários dos seus serviços. Como os pequenos grupos tendem a ser mais efetivos em implementar seus interesses (OLSON, 1965), a regulação tende a beneficiar esses grupos e não a proteger o consumidor. A figura abaixo ilustra o funcionamento do modelo de Stigler (1971).

Figura 1 - Teoria Econômica da Regulação – Stigler (1971)



⁴⁷⁶ De acordo com Mankiw (2008), uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado externalidade negativa; se é benéfico, é chamado externalidade positiva.

Na exposição clássica, D representa a demanda por um determinado bem ou serviço. Se todas as empresas apresentarem os mesmos custos marginais de produção (C), a competição entre as firmas produzirá o resultado Q_c ao preço P_c . Logicamente, nenhuma firma terá interesse em vender seu produto a um preço maior, por exemplo, P_m , já que sua lucratividade será negativamente afetada. Entretanto, é possível que, em conjunto, as empresas concordem em não competir pelo preço (cartel) e adotem um preço mais elevado (P_m) do que o preço de equilíbrio (P_c). A diferença no preço em relação à quantidade vendida, representada pela área do retângulo $P_c P_m BA$, é renda artificialmente criada para os produtores. Se a regulação for eficientemente capturada pelos regulados, o preço dos produtos sofrerá incrementos, elevando a lucratividade das empresas reguladas, mas reduzindo o bem-estar coletivo dos consumidores.

Na medida em que o Estado pode legalmente tributar cidadãos e empresas, ele se torna alvo dos interesses de diferentes grupos. Esses grupos buscam elevar a quantidade de benefícios auferidos da ação estatal e, para isso, podem se engajar nas mais diversas formas de influenciar as decisões governamentais (modelo de criação de renda) (*rent creation model*). Tem-se aqui a primeira motivação econômica dos grupos de interesse para financiar campanhas eleitorais.

Uma importante contribuição a esse debate foi feita por McChesney (1997) ao demonstrar que os interesses privados não pagam apenas por favores políticos, mas principalmente para evitar desfavores dessa natureza. A Figura 02 ilustra a essência do modelo de extração de renda (*rent extraction model*).

Figura 2 – Modelo de extração de renda⁴⁷⁷



Fonte: McChesney (1997), adaptado pelo autor

Foi assim que ele introduziu a ideia de extração de renda. Nas palavras do autor,

[...] o modelo de extração de renda é essencialmente um modelo de extorsão dos políticos. Eles são pagos para não legislar. O status de legislador confere poder não só para criar, mas também para impor custos que destruiriam rendas privadas. Com o intuito de proteger esses lucros, proprietários privados têm um incentivo para barganhar com os legisladores, desde que o pagamento aos políticos seja menor do que as perdas esperadas pela eventual aprovação da lei (MCCHESENEY, 1997, p. 31).

Essa noção é simples: visto que o governo pode legalmente tributar e, dessa forma, expropriar riqueza da sociedade, os políticos podem extorquir dinheiro de indivíduos e/ou grupos privados sob a ameaça de expropriar os seus rendimentos. Nesse sentido, o principal foco do modelo de extração de renda é que *não legislação* e *não regulação* são vendidas no mercado político. Por exemplo, o governo pode anunciar o aumento de uma alíquota específica. No modelo de extração de renda, os produtores prejudicados pela regulação pagarão para evitar a expropriação de seus rendimentos, ou seja, para evitar a aprovação da lei⁴⁷⁸. Tem-se aqui a

⁴⁷⁷ A utilização de tirinhas foi utilizada originalmente por McChesney (1997) para ilustrar o funcionamento do seu modelo. Como o objetivo dessa seção é reproduzir fielmente seus argumentos, optou-se por empregar a mesma metodologia.

⁴⁷⁸ Como bem lembrou Olson (1965), uma empresa de determinado setor industrial querará evitar que novas empresas venham a compartilhar de seu mercado e desejará que o maior número possível de empresas já no setor saiam dele. Ela querará que o grupo de empresas de seu setor industrial se reduza até que sobre, de preferência, apenas uma empresa no setor: ela. Esse é o ideal de monopólio (OLSON, 1965).

segunda motivação econômica dos grupos de interesse para financiar campanhas eleitorais.

Em síntese, seja para se beneficiar das decisões públicas (modelo de criação de renda), seja para evitar desfavores políticos (modelo de extração de renda), os grupos de interesse procurarão influenciar as decisões governamentais. Mas qual é exatamente o modelo analítico que explica essa interação? Downs (1957) sugere que os políticos, assim como as firmas, competirão no mercado político tendo como objetivo final o controle do governo (DOWNS, 1957). Os custos associados ao processo eleitoral constituem o elo entre aqueles que querem entrar na política e aqueles que querem receber favores (STIGLER, 1971) e/ou evitar desfavores políticos (MCCHESENEY, 1997). De toda forma, para que esse modelo teórico tenha alguma validade, é necessário que os gastos de campanha influenciem os resultados das eleições. Mas qual é exatamente a relação entre gastos de campanha e resultados eleitorais?

2.2 Gastos de campanha e resultados eleitorais⁴⁷⁹

Mensurar o efeito do gasto de campanha sobre os resultados eleitorais se tornou um tema canônico na Ciência Política (PALDA, 1973, 1975; WELCH, 1974, 1980; JACOBSON, 1976, 1978, 1985, 1990, 2001; GLANTZ, ABROMOWITZ e BURKHART, 1976; ABROMOWITZ, 1988, 1991; GREEN e KRASNO, 1988, 1990; GERBER, 1998, 2004)⁴⁸⁰. O desenho de pesquisa típico tem três principais características: (1) estima uma regressão da proporção de votos recebidos pelo candidato em função dos seus níveis de gasto, controlando por diferentes variáveis; (2) utiliza

⁴⁷⁹ Para Berry (1974), "o financiamento das eleições continua sendo uma das áreas menos compreendidas do comportamento político americano [...] o dinheiro é certamente importante para explicar o sucesso eleitoral, mas quão importante e como é mais bem utilizado continua sendo um grande mistério" (BERRY, 1974: 120). Cerca de 40 anos depois do alerta de Berry (1974), o financiamento das eleições se tornou um dos temas mais estudados pela Ciência Política norte-americana. E o que explica essa transição? Basicamente, a oferta de dados. Depois da aprovação do *Federal Election Campaign Act* (1971) e suas emendas em 1974, diferentes inovações institucionais foram adotadas, entre elas a criação da *Federal Election Commission* (FEC) e a obrigação de partidos e candidatos reportarem sistematicamente seus gastos de campanha.

⁴⁸⁰ Salvo melhor catalogação, Jacobson (1985) apresenta a primeira revisão da literatura empírica sobre a relação entre gastos de campanha e resultados eleitorais.

a forma funcional de mínimos quadrados ordinários⁴⁸¹ e (3) tem como unidade de análise a Câmara dos Deputados dos Estados Unidos. De acordo com Gerber (2004), o modelo básico para analisar a relação entre gastos e votos é o seguinte:

$$\text{Votos}_{inc} = \alpha + \beta_1 f(\text{gasto}_{inc}) + \beta_2 f(\text{gasto}_{chal}) + \beta_3 X + \varepsilon$$

Em que Votos_{inc} representa a proporção de votos recebida pelo candidato *incumbent*, gasto_{inc} representa o seu gasto total, gasto_{chal} representa o gasto total do candidato desafiante (*challenger*) e X representa variáveis adicionais que possivelmente influenciam os resultados eleitorais, como qualidade do candidato desafiante e características do eleitorado e/ou dos distritos eleitorais (GERBER, 2004)⁴⁸².

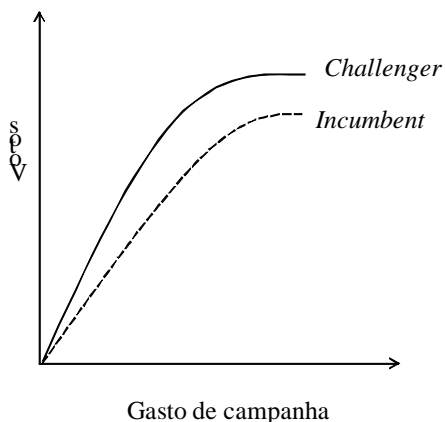
Comparativamente, alguns trabalhos analisam as assembleias estaduais e o Senado (GRIER, 1989; GERBER, 1988). Em termos metodológicos, alguns especialistas utilizam modelos de mínimos quadrados em dois estágios (GREEN e KRASNO, 1988), transformações logarítmicas (JACOBSON, 1978), experimentos computacionais (HOUSER e STRATMANN, 2008) e experimentos de campo (GERBER, 2004), tentando acuradamente identificar os mecanismos que conectam gastos e votos. Teoricamente, Gary Jacobson produziu um dos trabalhos seminais na área⁴⁸³. A Figura 03 ilustra o que a literatura denominou de Efeito Jacobson.

⁴⁸¹ Especificamente no que diz respeito à forma funcional ver Welch (1974), Jacobson (1976) e Shepard (1977) para aplicações de modelos lineares. Welch (1976) para um modelo semi-log, Lott e Warner (1974) para um modelo log-log e Silberman e Yochum (1978) para um modelo quadrático.

⁴⁸² O termo *incumbent* é utilizado para designar o candidato que concorre à eleição enquanto cumpre um mandato, ou seja, tenta a reeleição. Os candidatos *challengers* (desafiantes) são aqueles que competem pela vaga do *incumbent*.

⁴⁸³ Gerber (2004) argumenta que “uma crítica recorrente aos achados de pesquisa de Jacobson é a de que os candidatos *incumbents* aumentam os seus níveis de gasto de acordo com o nível de competição política. Se as variáveis de controle não forem devidamente especificadas, os efeitos do gasto de campanha tendem a ser subestimados dada a correlação negativa entre o gasto de campanha do *incumbent* e o termo de erro do modelo de regressão” (GERBER, 2004: 542). Isso quer dizer que os coeficientes negativos encontrados por Jacobson em relação ao gasto de campanha dos *incumbents* podem ser explicados por um erro de especificação do modelo na medida em que ele não incluiu uma variável para controlar pela qualidade dos candidatos desafiantes (*challengers*).

Figura 03 – Efeito Jacobson



Fonte: elaboração própria

Tanto o gasto de campanha dos desafiados (*challengers*) quanto o dos *incumbents* exerce um efeito positivo sobre a quantidade de votos recebidos e sofrem de retornos marginais decrescentes. Ou seja, a partir de um determinado limite, cada unidade de dinheiro investida nas campanhas passa a ter um efeito progressivamente menor. No entanto, a inclinação da curva dos *challengers* é maior do que a dos *incumbents*, sugerindo que os candidatos desafiados se beneficiam mais de cada unidade adicional de gasto em suas campanhas. Para Jacobson (1978), a principal implicação normativa desse fenômeno é o de que limitações na quantidade de dinheiro gasto nas campanhas tendem a favorecer o *status quo* já que os desafiados serão mais prejudicados. Em suas palavras, “qualquer regulamentação que reduza o nível de gasto dos candidatos beneficiará os *incumbents*. Isso inclui limitações nas contribuições de campanha de indivíduos e grupos bem como tetos de gasto para os candidatos” (JACOBSON, 1978: 489). A Tabela 01 sintetiza parte dessa literatura.

Tabela 1 – Síntese da literatura

Autor (ano)	Argumento
Jacobson (1978); Abromowitz, (1988); Ansolabehere e Gerber, (1994); Gerber (2004)	O gasto do <i>incumbent</i> é ineficiente, mas o gasto do <i>challenger</i> produz vários ganhos (o coeficiente de regressão associado ao gasto de campanha do <i>challenger</i> é positivo e estatisticamente significativo).

Autor (ano)	Argumento
Erikson e Palfrey (2000); Green e Krasno (1988); Gerber (1998); Levitt (1994)	Após controlar por outras variáveis, nem o gasto do <i>incumbent</i> nem o gasto do <i>challenger</i> exercem efeitos expressivos (não há diferenças significativas no efeito do gasto para os dois grupos).
Kenny e McBurnett (1994); Goidel e Gross (1994); Green e Krasno (1990)	Após controlar pela qualidade do <i>challenger</i> e por causalidade recursiva, o efeito marginal do gasto do <i>incumbent</i> é substancial (o coeficiente de regressão é positivo e estatisticamente significativo).
Krasno, Green e Cowden (1994)	O gasto de campanha do <i>incumbent</i> é dependente (reativo) do gasto do <i>challenger</i> .

Fonte: elaboração própria

Levitt (1994) argumenta que “o gasto de campanha exerce um impacto extremamente pequeno sobre os resultados eleitorais, independentemente do tipo de candidato” (LEVITT, 1994, p. 777). Gerber (1998) defende que “quando a endogeneidade dos níveis de gasto é propriamente controlada, os efeitos marginais do gasto de *incumbents* e desafiantes são aproximadamente iguais” (GERBER, 1998, p. 401). Para Jacobson (1990),

[...] os modelos de regressão linear de mínimos quadrados ordinários utilizados na maior parte dos estudos são inapropriados para estimar relações recíprocas; é necessário utilizar um sistema de equações simultâneas. As estimativas dos parâmetros utilizando a forma funcional de mínimos quadrados quando a verdadeira relação é recíproca são enviesadas e inconsistentes (JACOBSON, 1978, p. 470).

Existe discordância entre os estudos que empregam modelos de mínimos quadrados em dois estágios, tentando corrigir o problema da endogeneidade. Por exemplo, Green e Krasno (1988) encontram coeficientes de regressão positivos e estatisticamente significativos para o gasto dos *incumbents*. Por outro lado, Jacobson (1978) argumenta que “o gasto dos candidatos desafiantes tem um efeito substancial sobre o resultado eleitoral quando o problema da simultaneidade é eliminado da equação” (JACOBSON, 1978, p. 475).

No Brasil, a literatura sobre financiamento de campanha e resultados eleitorais começou a “ganhar corpo” recentemente⁴⁸⁴. Por exemplo, Portugal e Bugarin (2003) modelaram o efeito do financiamento público das campanhas eleitorais sobre bem-estar social e representação no Legislativo.

⁴⁸⁴ Para o estudo pioneiro sobre o Brasil, ver os trabalhos de David Samuels (20001a, 2001b, 2001c).

Peixoto (2008) analisou o efeito dos gastos de campanha sobre a votação de deputados estaduais e federais em 2002 e em 2006. Cervi (2009) examinou a relação entre instituições democráticas e o financiamento de campanha. Mais recentemente, Lemos, Marcelino e Pederiva (2010) estimaram o impacto dos gastos sobre os resultados eleitorais de deputados federais e senadores nas eleições de 2002 e 2006. Bruno Speck tem contribuído não só teoricamente, mas também no nível organizacional na medida em que ele articulou um grupo de estudo sobre o financiamento das campanhas no Brasil. Sua produção inclui trabalhos sobre a relação entre financiamento de campanha e corrupção e artigos em perspectiva comparada. Em conjunto, isso quer dizer que a literatura sobre o assunto tem aumentado progressivamente.

3 Metodologia

Essa monografia adota uma abordagem multimétodo como metodologia desejável para investigar fenômenos sociais. Parte-se do pressuposto de que a fertilização cruzada de métodos e técnicas é benéfica ao conhecimento científico. Em particular, o presente desenho de pesquisa utiliza a técnica de análise aninhada (*nested analysis*), combinando estatística descritiva com estudo de caso e análise documental (legislação e jurisprudência). O objetivo é integrar as vantagens específicas de cada técnica de pesquisa⁴⁸⁵.

3.1 A importância da comparação

Para Swanson (1971), “pensar sem comparação é impensável. E, na ausência da comparação, toda a investigação e pesquisa científica” (SWANSON, 1971). Mas por que realizar um estudo em perspectiva comparada? O primeiro passo para responder a essa questão é definir o que se entende por método comparado. Lijphart (1971) define o método comparativo como um dos métodos básicos - sendo os demais o experimental, o estatístico (N-grande) e o estudo de caso - para estabelecer proposições empíricas gerais (LIJPHART, 1971,

⁴⁸⁵ Para o leitor interessado em aprofundar seus conhecimentos sobre a técnica de análise aninhada, ver Lieberman (2005). Para um trabalho fundacional sobre o método comparativo, ver Lijphart (1971). Para uma excelente introdução à metodologia de estudo de caso, ver Landman (2008) e Gerring (2004). Para uma abordagem mais avançada, ver Geddes (2003).

p. 682)⁴⁸⁶. Similarmente, Ragin (1987) argumenta que a comparação fornece ao pesquisador a possibilidade de realizar afirmações sobre regularidades empíricas e avaliar e interpretar casos a partir de critérios teóricos e substantivos.

E quais são as vantagens de um desenho de pesquisa em perspectiva comparada? A primeira é observar como diferentes conceitos podem “viajar” para analisar outras realidades. A segunda vantagem da comparação é verificar em que medida os resultados de pesquisa observados em um determinado contexto podem ser encontrados em outros desenhos institucionais. Além disso, salvo melhor juízo, a literatura empírica comparada sobre o financiamento das campanhas eleitorais é bastante escassa, logo, esse estudo tem o potencial de preencher uma importante lacuna na literatura.

3.2 A seleção dos casos

Essa monografia investiga o financiamento de campanha em perspectiva comparada, concedendo especial atenção aos casos do Brasil e dos Estados Unidos. Mas por que comparar detalhadamente esses casos? Primeiro, a maior parte do que nós sabemos sobre a relação entre gastos e votos ou foi produzida por autores norte-americanos e/ou tem como unidade de análise as instituições dos Estados Unidos.

Segundo, assim como o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no Brasil, o *Federal Election Commission (FEC)* nos Estados Unidos oferece, publicamente, uma extensa quantidade de informações sobre o financiamento das eleições, incluindo bases de dados, legislação específica, vídeos explicativos, cursos, etc. Em termos logísticos, portanto, a oferta sistemática de informações pelas referidas instituições favorece a comparação entre os supracitados casos.

Terceiro, a comparação detalhada entre Brasil e Estados Unidos permite analisar como diferentes desenhos institucionais regulam o financiamento das campanhas eleitorais. A Tabela 02 sumariza algumas dessas informações.

⁴⁸⁶ Mais adiante, Lijphart (1971) acrescenta que um dos principais objetivos do método comparativo é identificar relações empíricas entre variáveis e não deve ser confundido como um método ou técnica de mensuração (LIJPHART, 1971, p. 683).

Tabela 2 – Desenho institucional

Características do desenho institucional	Brasil	Estados Unidos
Sistema eleitoral (Câmara dos Deputados)	Proporcional	Majoritário
Sistema partidário	Multipartidário	Bipartidário
Magnitude dos distritos eleitorais	8-70	1
Possibilidade de comprar tempo de exposição nos meios de comunicação	Não	Sim
Possibilidade de pessoas jurídicas contribuírem diretamente para as eleições	Sim	Não

Fonte: elaboração própria

Além das diferenças fundamentais do desenho institucional (sistema eleitoral, sistema partidário e magnitude dos distritos eleitorais), Brasil e Estados Unidos diferem em dois aspectos centrais no financiamento de suas campanhas eleitorais. Primeiro, no Brasil, a lei proíbe a compra de exposição nos meios de comunicação (televisão, rádio, jornais, etc.). Nos Estados Unidos, por outro lado, tanto candidatos quanto apoiadores podem comprar livremente exposição nos meios de comunicação.

Segundo, no Brasil, pessoas jurídicas podem contribuir diretamente para as campanhas eleitorais. Nos Estados Unidos, as fontes corporativas não podem financiar diretamente as eleições, o procedimento é indireto por meio dos Comitês de Ação Política (*Political Action Committees – PACs*).

3.3 A descrição das variáveis

De acordo com King, Keohane e Verba (1994), “a regra mais importante para toda coleta de dados é reportar como o dado foi criado e como nós o coletamos” (KING, KEOHANE e VERBA, 1994, p. 51). Essa é a essência da replicabilidade científica. Isso porque os padrões de replicabilidade não requerem de fato que alguém replique os resultados de um artigo ou de um livro. Eles somente requerem que informação suficiente seja disponibilizada para que os resultados sejam replicáveis (KING, 1995). Nesse sentido, é importante descrever sumariamente as variáveis utilizadas nessa monografia. A Tabela 03 sintetiza essas informações.

Tabela 3 – Descrição das variáveis

Variável	Descrição
V ₁	Entidade ou governo estrangeiro
V ₂	Empresa privada com finalidade lucrativa
V ₃	Empresas com contratos com o governo (concessionárias ou permissionárias)
V ₄	Entidades de classe ou sindicais
V ₅	Doações anônimas

Foram analisadas cinco diferentes variáveis categóricas. Elas indicam se determinados atores políticos podem ou não contribuir com as campanhas eleitorais. Em caso afirmativo, atribui-se valor um (a modalidade de contribuição é permitida); caso contrário, atribui-se valor zero (a modalidade de contribuição é proibida). Os dados foram coletados junto ao *Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA)* e posteriormente analisados, utilizando o pacote estatístico para ciências sociais (*Statistical Package for Social Sciences - SPSS*)⁴⁸⁷.

4 Resultados

Tabela 4 – Contribuições oriundas de entidade ou governo estrangeiro

Entidade ou governo estrangeiro	N	% (válido)
Permitido	73	64,00
Proibido	41	36,00
Total	114	100,00

Curiosamente, a maior parte dos países analisados não estabelece proibições às contribuições de campanha provenientes de entidade ou governo estrangeiro (64,00%), totalizando 73 observações. É o caso, por exemplo, de Austrália, Áustria, Canadá, Chile, Dinamarca, Finlândia, entre outros. No entanto, em 41 países (36,00%), existe algum dispositivo legal que veda essa modalidade de contribuição eleitoral. Argentina, Estônia, França, Israel e Polônia constituem alguns exemplos nesse sentido.

⁴⁸⁷ Os dados utilizados nesse trabalho estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <http://www.idea.int/parties/finance/db/index.cfm>

No Brasil, a Lei 9.504/97 proíbe partidos e candidatos de receberem, direta ou indiretamente, doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de entidade ou governo estrangeiro (art. 24, I, 9.504/97). Similarmente, na mais recente compilação das leis federais sobre financiamento de campanha nos Estados Unidos realizada pela *Federal Election Commission*, tem-se o seguinte: é ilegal que entidades estrangeiras, direta ou indiretamente, realizem contribuições ou doações de dinheiro ou estimável em dinheiro ou prometam contribuir ou doar qualquer tipo de recurso para as eleições federais, nacionais ou locais⁴⁸⁸. Também é vedado qualquer tipo de contribuição ou doação aos Comitês de Ação Política e aos partidos políticos. Por fim, é defeso também qualquer tipo de gasto em nome de candidatos, partidos ou comitês feitos de forma independente por entidade ou governo estrangeiro (§441e)⁴⁸⁹. Em termos substantivos, a proibição dessa modalidade de contribuição tem o objetivo de resguardar a soberania do processo eleitoral contra eventual influência de interesses estrangeiros.

Tabela 5 – Contribuições oriundas de empresa privada com finalidade lucrativa

Empresa privada com finalidade lucrativa	N	% (válido)
Permitido	93	80,90
Proibido	22	19,10
Total	115	100

No que diz respeito à proibição de contribuições provenientes de empresa privada com finalidade lucrativa, observa-se novamente que a maior parte dos países não estabelece impedimentos a essa modalidade de contribuição (80,90%), totalizando 93 observações. É o caso, por exemplo, de Irlanda, Itália, Jamaica, Japão, Lituânia, entre outros. No lado oposto, 22 países (19,10%) positivamente determinaram no sentido de proibir que empresas privadas com finalidade lucrativa possam contribuir para as

⁴⁸⁸ Historicamente, a primeira disposição legal a proibir contribuições oriundas de entidades estrangeiras nos Estados Unidos foi devidamente positivada pelas emendas ao Foreign Agents Registration Act (FARA) em 1966.

⁴⁸⁹ A referida compilação está disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.fec.gov/law/feca/feca.pdf>

campanhas eleitorais. Portugal, Bolívia, Bélgica, Hungria, México, entre outros, ilustram essa opção institucional.

No Brasil, a regulamentação sobre as doações de pessoas jurídicas com fins lucrativos está devidamente hospedada no artigo 81 da Lei 9.504/97 e limita as contribuições e doações a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição (art. 81, §1º, 9.504/97)⁴⁹⁰. Em caso de doações acima do limite fixado pelo supracitado dispositivo legal, comina-se multa de cinco vezes o valor excedido (art. 81, §2º, 9.504/97). Nos Estados Unidos, desde a aprovação do *Tillman Act* (1907), empresas privadas não podem contribuir diretamente para as campanhas eleitorais. Atualmente, a lei determina que é ilegal aceitar contribuições provenientes de bancos nacionais ou empresas privadas com fins lucrativos para qualquer cargo eletivo e qualquer modalidade de eleição (convenções, primárias, gerais, etc.) (§ 441b). Normativamente, a proibição dessa modalidade de contribuição tem o objetivo de reduzir a influência das empresas sobre as decisões governamentais.

Tabela 6 – Contribuições oriundas de empresas com contratos com o governo

Empresas com contratos com o governo (concessionárias ou permissionárias)	N	% (válido)
Permitido	88	76,50
Proibido	27	23,50
Total	115	100,00

Em 76,50% dos países analisados, não se registra uma vedação específica em relação às contribuições de campanha provenientes de empresas com contratos com o governo (concessionárias ou permissionárias), totalizando 88 casos. Romênia, Cingapura, Rússia, Reino Unido, Chile, entre outros, exemplificam essa opção institucional. No lado oposto, países como República Checa, Paraguai, Marrocos, Espanha, Burquina Faso, entre outros, proíbem essa modalidade de contribuição de campanha.

⁴⁹⁰ Em termos históricos, a Lei 4.740 de 15 de julho de 1965 regulamentou pioneiramente o papel das contribuições oriundas de empresas com finalidade lucrativa. O legislador vedou essa modalidade de contribuição (art. 56, IV, 4.740/65).

No Brasil, a regulamentação sobre as contribuições provenientes de empresas concessionárias ou permissionárias do serviço público está devidamente hospedada no artigo 81 da Lei 9.504/97 (art. 81, III, 9.504/97)⁴⁹¹. Nos Estados Unidos, como foi observado anteriormente, contribuições oriundas de qualquer empresa privada não são admitidas pela lei. Substantivamente, o principal argumento em favor da proibição dessa modalidade de contribuição é evitar que empresas troquem contribuições de campanha por eventuais facilidades em processos licitatórios.

Tabela 7 – Contribuições oriundas de entidades de classe ou sindicais

Entidades de classe ou sindicais	N	% (válido)
Permitido	98	85,20
Proibido	17	14,80
Total	115	100,00

Seguindo a tendência observada em torno de menos regulamentação sobre as fontes de financiamento eleitoral, os dados sugerem que 85,20% dos países analisados não estabelecem proibições explícitas sobre contribuições provenientes de entidades de classe ou sindicais, totalizando 98 observações. É o caso, por exemplo, de Bélgica, Bolívia, República Checa, Hungria, México, entre outros. Todavia, em 14,80% dos casos, há algum dispositivo legal que proíbe essa modalidade de contribuição, contabilizando 17 casos. Guatemala, Portugal, Azerbaijão, Cabo Verde, Polônia, entre outros, servem como exemplo.

No Brasil, o artigo 24 da Lei 9.504/97 também veda essa modalidade de financiamento (art. 24, VI, 9.504/97)⁴⁹². Nos Estados Unidos, a aprovação do *Smith-Connally Act* (1943) proibiu temporariamente as contribuições provenientes de entidades de classe ou sindicais nas eleições nacionais. Em 1947, seguindo as disposições legais do *Labor Management Relations Act*

⁴⁹¹ Historicamente, a Lei 1.164 de 24 de julho de 1950 regulamentou pioneiramente o papel das contribuições provenientes de empresas com contratos com o governo (concessionárias ou permissionárias). O legislador vedou essa modalidade de contribuição (art. 144, III, 1.164/50).

⁴⁹² Em termos históricos, a Lei 5.682 de 21 de julho de 1971 regulamentou pioneiramente o papel das contribuições provenientes de entidade de classe ou sindical. O legislador vedou essa modalidade de contribuição (art. 91, IV, 5.682/71).

(*Taft-Hartley Act*), essa modalidade de contribuição foi permanentemente banida. Atualmente, as proibições referentes às entidades de classe ou sindicais estão incluídas na mesma seção das empresas privadas e bancos nacionais (§441b).

Tabela 8 – Contribuições anônimas

Doações Anônimas	N	% (válido)
Permitido	67	59,30
Proibido	46	40,70
Total	113	100,00

É importante analisar como diferentes países têm regulamentado o papel de contribuições anônimas. Registra-se que em 59,30% dos casos analisados não existe impedimento legal em relação a doações anônimas, totalizando 67 observações. É o caso, por exemplo, de Paraguai, Islândia, Nova Zelândia, Suécia, Suíça, entre outros. Entretanto, 40,70% dos países analisados estabelecem vedações a essa modalidade de contribuição, contabilizando 46 observações. Argentina, França, Bélgica, Bulgária, Nicarágua, entre outros, exemplificam essa opção institucional. No Brasil, o artigo 14 da Resolução 23.217 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de 2 de março de 2010 tornou obrigatória a discriminação da origem e da destinação dos recursos repassados a candidatos e a comitês financeiros (art. 14, 1º, I, Resolução 23.217/10)⁴⁹³. Nos Estados Unidos, de acordo com a *Federal Election Commission*, contribuições anônimas são admitidas desde que não excedam o valor de \$ 50,00. Em termos substantivos, a proibição dessa modalidade de contribuição tem o objetivo de resguardar a transparência do processo eleitoral.

Por fim, a partir da combinação desses cinco traços institucionais em relação ao grau de regulamentação sobre as fontes de financiamento de campanha, é possível estimar um índice de regulamentação. O indicador foi calculado a partir da soma das cinco variáveis, produzindo uma medida

⁴⁹³ Similarmente, Zovatto (2005), em seu trabalho sobre o financiamento de campanha na América Latina em perspectiva comparada, reporta que doações anônimas são proibidas pela lei brasileira. Em termos históricos, a Lei 1.164/50 estabelecia que eram ilegais os auxílios e contribuições cuja origem não fosse mencionada (art. 145, 1.164/50).

que varia entre 0 e 5. A interpretação é direta: quanto mais próximo de zero, menor o nível de regulamentação. Quanto mais próximo de cinco, maior é o grau de controle sobre as fontes de financiamento eleitoral. A Tabela 09 apresenta a estatística descritiva desse índice.

Tabela 9 – Estatística descritiva do índice de regulamentação⁴⁹⁴

N	min	max	média	desvio padrão⁴⁹⁵
112	0	5	1,36	1,57

O valor mínimo indica o menor nível de regulamentação observado nos casos analisados. Áustria, Barbados, Dinamarca, Finlândia, Gana, Nova Zelândia, Noruega, entre outros, servem como exemplo de países que não proíbem nenhuma das fontes analisadas. No lado oposto, o valor máximo do índice de regulamentação é cinco. Isso quer dizer que o desenho institucional do país apresenta proibições em relação às cinco fontes analisadas nessa monografia. Argentina, Estônia, França, Portugal e Estados Unidos exemplificam a opção institucional pelo maior grau de controle sobre o financiamento das campanhas eleitorais. A média de regulamentação é de 1,36 com um desvio padrão de 1,57. Substantivamente, isso significa que existe uma tendência em torno de menor regulamentação, dada a magnitude do termo médio. Ou seja, na maior parte dos países, a regulamentação sobre as fontes de financiamento é bastante limitada. Das cinco fontes de financiamento aqui analisadas, cerca de 1,36 são vedadas. No que diz respeito à dispersão dos dados, existe muita variação entre os países analisados já que o valor do desvio padrão supera o valor da média.

⁴⁹⁴ Uma forma mais sofisticada de calcular o índice de regulamentação seria por meio da Análise de Componentes Principais (ACP). Essa técnica permite sumarizar a variância das variáveis observadas em um indicador síntese padronizado, ou seja, com média zero e desvio padrão igual a um. Para ter assegurar resultados mais robustos, foi estimado um modelo fatorial de componentes principais com as seguintes características: a) teste *Kaiser-Meyer-Olkin* de adequação da amostra de 0,736; b) teste de esfericidade de *Bartlett* significativo a 0,000; c) teste de *chi-quadrado* de 152,97 e d) 52% de variância total acumulada. A correlação de Pearson entre essa medida fatorial e o índice de regulamentação aqui apresentado foi de 0,995, sugerindo uma associação muito forte. Como o índice é mais facilmente interpretável do que a medida fatorial padronizada, optamos por reportá-lo neste trabalho.

⁴⁹⁵ O desvio padrão é uma medida de dispersão dos valores em torno da média. Quanto maior o seu valor, maior é o grau de heterogeneidade dos casos *vis-à-vis* o valor da média. Quanto menor, mais homogênea é a distribuição dos casos em torno do termo médio.

A Tabela 10 apresenta uma perspectiva comparada entre Brasil e Estados Unidos em relação a cada fonte de financiamento eleitoral.

Tabela 10 – Vedações em relação às fontes de financiamento de campanha

Fonte	Brasil	Estados Unidos
Entidade ou governo estrangeiro	X	X
Empresas privadas com finalidade lucrativa		X*
Empresas com contratos com o governo (concessionárias ou permissionárias)	X	X
Entidades de classe ou sindicais	X	X
Doações anônimas	X	X**

*Empresas privadas com finalidade lucrativa não podem contribuir diretamente para as campanhas eleitorais. No entanto, é possível doar indiretamente por meio dos Comitês de Ação Política (*Political Action Committees – PACs*).

** Contribuições com valor inferior a \$ 50,00 não precisam ser identificadas.

5 Brasil e Estados Unidos em perspectiva comparada

5.1 Histórico sobre o financiamento de campanha no Brasil

De acordo com Backes (2001), a despeito da existência de decretos específicos sobre a organização do processo eleitoral, não há registros sobre a legislação que regulamentava o financiamento de campanha no Brasil Império (1822-1889). Por exemplo, o capítulo VI da Constituição Brasileira de 1824 tratava das eleições. Em particular, o artigo 90 determinava que:

[...] as nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia (art. 90, CF 1824).

Em termos de inclusividade, ou seja, em relação à quantidade de pessoas que podem participar do processo político, é possível afirmar que a legislação era bastante restritiva na medida em que exigia renda anual superior a 100 mil réis para votar na eleição das *Assembleias Parochiais* (art. 92, V), 200 mil réis para votar na eleição de deputados, senadores e membros da

província (art. 94, I) e 400 mil réis para ser votado (art. 95, I). O efeito prático dessa legislação era que apenas uma parcela muito reduzida da população estava apta a participar do processo político.

O decreto nº 6 de 19 de novembro de 1889 extinguiu o voto censitário no Brasil, mas a participação eleitoral continuou reduzida na medida em que era defeso a analfabetos e a mulheres o direito ao voto⁴⁹⁶. Para Backes (2001), “fenômenos como o coronelismo, o voto de cabresto e as fraudes faziam com que a eleição fosse mais um acordo entre as oligarquias do que uma disputa pela conquista dos votos individuais dos eleitores” (BACKES, 2001: 05). Isso quer dizer que, durante o período da República Velha (1889-1930), a competição política era bastante limitada e inexistiam regras específicas sobre o financiamento das campanhas eleitorais.

Durante o Estado Novo (1930-1945), foram introduzidas importantes inovações institucionais, entre elas: 1) a adoção do sistema proporcional de representação; 2) a criação da Justiça Eleitoral e 3) a garantia do direito ao voto às mulheres. Em particular, a Constituição Federal de 1934, em seu capítulo III, seção IV, determinava que

[...] a Justiça Eleitoral terá por órgãos: o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, na Capital da República; um Tribunal Regional na Capital de cada Estado, na do Território do Acre e no Distrito Federal; e Juízes singulares nas sedes e com as atribuições que a lei designar (art. 82, CF 1934)⁴⁹⁷.

Apesar dessas inovações institucionais, a regulamentação específica sobre o financiamento das campanhas eleitorais continuou ausente tanto

⁴⁹⁶ No original, “declara que se consideram eleitores para as câmaras geraes, provinciaes e municipaes todos os cidadãos brasileiros, no gozo de seus direitos civis e políticos, que souberem ler e escrever” (Decreto nº 6, 1889).

⁴⁹⁷ O artigo 83 estabelecia as competências da Justiça Eleitoral, entre elas: a) organizar a divisão eleitoral da União, dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, a qual só poderá alterar quinquenalmente, salvo em caso de modificação na divisão judiciária ou administrativa do estado ou território e em consequência desta; b) fazer o alistamento; c) adotar ou propor providências para que as eleições se realizem no tempo e na forma determinados em lei; d) fixar a data das eleições, quando não determinada nesta Constituição ou nas dos estados, de maneira que se efetuem, em regra, nos três últimos, ou nos três primeiros meses dos períodos governamentais; e) resolver sobre as arguições de inelegibilidade e incompatibilidade; f) conceder *habeas corpus* e mandado de segurança em casos pertinentes à matéria eleitoral; g) proceder à apuração dos sufrágios e proclamar os eleitos; h) processar e julgar os delitos, eleitorais e os comuns que lhes forem conexos; i) decretar perda de mandato legislativo, nos casos estabelecidos nesta Constituição e nas dos estados.

da Constituição de 1934 quanto de legislação complementar (BACKES, 2001)⁴⁹⁸. Em síntese, o financiamento das campanhas eleitorais não recebeu tratamento específico pela legislação eleitoral durante três importantes períodos da história brasileira (Império, República Velha e Estado Novo).

Foi exatamente a partir do primeiro período democrático (1946-1964) que o financiamento das eleições passou a ter mais importância. Dois elementos são importantes para entender esse fenômeno. Primeiro, o estabelecimento de eleição direta para presidente da República⁴⁹⁹. Segundo, o aumento progressivo do eleitorado. Em termos de regulamentação, é importante destacar não só o Decreto-lei 9.258 de 14 de maio de 1946, como também o Decreto-lei 1.164 de 24 de julho de 1950, que instituiu o Código Eleitoral. Em particular, o capítulo V, intitulado Da Contabilidade e Das Finanças dos Partidos Políticos, estabelecia, entre outras disposições: a) fixação de limites máximos de gasto (art. 143); b) vedação do recebimento de contribuições estrangeiras (art. 144, I) e de recursos oriundos de empresas de economia mista e das empresas concessionárias do serviço público (art. 144, III)⁵⁰⁰.

Dois outros importantes marcos legais na história do financiamento das campanhas no Brasil dizem respeito às leis 4.740 de 15 de julho de 1965 e 5.682 de 21 de julho de 1971. De forma pioneira, as contribuições oriundas de empresas privadas com fins lucrativos foram devidamente regulamentadas. Em particular, o artigo 56 da Lei 4.740 vedava aos partidos políticos receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição, auxílio ou recurso procedente de empresa privada, de finalidade lucrativa

⁴⁹⁸ Por exemplo, o Código Eleitoral de 1932, em seu título III, capítulo I intitulado Dos Delitos, enumerou uma série de ações criminalmente puníveis, mas nada determinou sobre como as eleições deveriam ser financiadas.

⁴⁹⁹ Eleições para os cargos do Executivo federal, do Senado e da Câmara Federal reguladas na forma do art. 136, 1ª parte, do Decreto-Lei nº 7.586, de 28.5.1945, combinada com a Resolução-TSE de 8.9.1945 (TSE, 2011).

⁵⁰⁰ A resolução nº 3.988 de 10 de outubro de 1950 determinava que tanto o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) quanto os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) poderiam investigar atos ilegais (BACKES, 2011). Em particular, o artigo 146 determinava que o Tribunal Superior e o Tribunal Regional, mediante denúncia fundamentada de qualquer eleitor ou delegado de partido com firma reconhecida ou representação, respectivamente, do procurador geral, ou do procurador regional, determinarão o exame da escrituração de qualquer partido político e bem assim a apuração de qualquer ato que viole as prescrições legais ou estatutárias a que, em matéria financeira, são obrigados os partidos políticos e os seus candidatos.

(art. 56, IV, 4.740/65). Similarmente, a Lei 5.682 restringiu ainda mais as fontes de financiamento ao definir que era vedado aos partidos receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição, auxílio ou recurso procedente de empresa privada, de finalidade lucrativa, entidade de classe ou sindical (art. 91, IV, 5.682/71).

Atualmente, as leis 9.096/95, 9.504/97, 11.300/06, além das diferentes resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)⁵⁰¹, constituem o marco legal que regulamentam as eleições brasileiras. No que diz respeito especificamente ao financiamento das eleições, o artigo 17 da Lei 9.504/97 determina que: as despesas da campanha eleitoral serão realizadas sob a responsabilidade dos partidos, ou de seus candidatos, e financiadas na forma desta lei (art. 17, 9.504/97). O artigo 23 regula a contribuição de campanha de pessoas físicas, limitando a 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior a eleição. No caso de recursos próprios, o limite é o teto estabelecido pelo partido do candidato (art. 23, 1, II, 9.504/97). Por sua vez, o artigo 81 permite contribuições oriundas de pessoas jurídicas, desde que limitadas a 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição⁵⁰² (art. 81, 9.504/97). Mas o que diz a lei em relação a contribuições oriundas de outras fontes? O artigo 24 oferece a resposta.

Tabela 11 – Fontes de financiamento vedadas pela Lei 9.504/97

Inciso	Fonte
I	Entidade ou governo estrangeiro
II	Órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público
III	Concessionário ou permissionário de serviço público
IV	Entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal

⁵⁰¹ Por exemplo, a Resolução n° 23.089, de 1° de julho de 2009, estabelece o calendário eleitoral. A Resolução 23.217, de 2 de março de 2010, dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2010.

⁵⁰² Na íntegra, art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações. § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição. § 2º A doação de quantia acima do limite fixado neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso. § 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no § 1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa.

Inciso	Fonte
V	Entidade de utilidade pública
VI	Entidade de classe ou sindical
VII	Pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior
VIII	Entidades beneficentes e religiosas
IX	Entidades esportivas
X	Organizações não governamentais que recebam recursos públicos
XI	Organizações da sociedade civil de interesse público

Para os propósitos dessa monografia, é importante analisar como essas proibições evoluíram no tempo. A Tabela 12 sumariza essas informações.

Tabela 12 – Fontes de financiamento vetadas pela legislação brasileira (1946-2008)⁵⁰³

Fonte	1946 (I)	1950 (II)	1965 (III)	1971 (IV)	1993 (V)	1995 (VI)	1997 (VII)	2006 (VIII)	2008 (IX)	2010 (X)
Entidade ou governo estrangeiro	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Autoridade ou órgãos públicos		X	X	X	X	X	X	X	X	X
Sociedade de economia mista, concessionárias ou permissionárias		X	X	X	X	X	X	X	X	X
Empresa priva com finalidade lucrativa			X	X						
Entidades de classe ou sindicais				X	X	X	X	X	X	X
Entidade de direito privado que receba contribuições compulsórias					X		X	X	X	X
Pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior					X		X	X	X	X
Entidade de utilidade pública					X		X	X	X	X
Entidades beneficentes e religiosas								X	X	X
Entidades esportivas que recebam recursos públicos								X	X	X

⁵⁰³ I. Decreto-lei 9.258, de 14 de maio de 1946; II. Lei 1.164, de 24 de julho de 1950 (Código Eleitoral); III. Lei 4.740, de 15 de julho de 1965 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos); IV. Lei 5.682, de 21 de julho de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos); V. Lei 8.713, de 30 de setembro de 1993; VI. 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos); VII. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das eleições); VIII. Lei 11.300, de 10 de maio de 2006; IX. Resolução TSE 22.715, de 28 de fevereiro de 2008; X. Resolução 23.217, de 2 de março de 2010.

Fonte	1946 (I)	1950 (II)	1965 (III)	1971 (IV)	1993 (V)	1995 (VI)	1997 (VII)	2006 (VIII)	2008 (IX)	2010 (X)
ONGs que recebam recursos públicos								X	X	X
Organizações da sociedade civil de interesse público								X	X	X
Sociedades cooperativas de qualquer grau ou natureza									X	X
Cartórios de serviços notariais e de registro									X	X

Fonte: Elaboração do autor a partir de Bourdoukan (2010) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)

Como pode ser observado, todas as legislações eleitorais brasileiras que trataram especificamente sobre fontes de financiamento de campanha tornou defeso as contribuições provenientes de entidade ou governo estrangeiro⁵⁰⁴. Autoridades e órgãos públicos, bem como sociedade de economia mista, concessionárias ou permissionárias, também foram excluídos desde 1950. No que diz respeito às contribuições oriundas de empresas com fins lucrativos, as legislações de 1965 e 1971 vedaram essa modalidade de doação, mas as legislações posteriores adotaram uma posição favorável, permitindo desde então. Mais recentemente, a partir de 2006, novos atores foram proibidos de contribuir para as campanhas eleitorais (entidades beneficentes religiosas, entidades esportivas que recebam recursos públicos, ONGs que recebam recursos públicos e organizações da sociedade civil de interesse público). Em 2008, foram excluídas também as sociedades cooperativas de qualquer grau ou natureza e os cartórios de serviços notariais e de registro. Em termos substantivos, isso quer dizer que a legislação tem se tornado progressivamente mais restritiva à participação de diferentes atores políticos.

5.2 Histórico sobre o financiamento de campanha nos Estados Unidos

Similarmente ao Brasil durante o Império, o financiamento das eleições nos Estados Unidos nas primeiras décadas da República não era um problema (CORRADO, 2005; SMITH, 2001). Isso porque existiam poucas campanhas

⁵⁰⁴ O Decreto-lei 9.258, de 14 de maio de 1946, determinava que seria cancelado o registro de partido político mediante denúncia de qualquer eleitor, de delegado de partido ou representação do procurador geral ao Tribunal Superior quando se provasse que recebe de procedência estrangeira orientação político-partidária, contribuição em dinheiro ou qualquer outro auxílio (art. 26, 9.258/46).

no sentido atual do termo e os candidatos concorriam à eleição sem se utilizar das estratégias pessoais de solicitação de votos que caracterizam as eleições modernas (CORRADO, 2005: 07/08). De acordo com Smith (2001), o financiamento das eleições também não era um problema já que a maior parte dos cargos públicos não era eletiva e os candidatos concorriam sem oponentes. O financiamento era geralmente realizado com recursos dos próprios candidatos, com contribuições de amigos e familiares.

Foi a partir do estabelecimento do *spoils system* (sistema de patronagem) que o financiamento das eleições começou a se tornar um problema nos Estados Unidos. Em particular, em 1883, o Congresso norte-americano aprovou o *Pendleton Civil Service Act*, que estabeleceu o sistema meritocrático de recrutamento para o serviço público, reduzindo a patronagem no âmbito do governo federal⁵⁰⁵. Nas palavras de Corrado (2005),

[...] a lei restringiu a influência da patronagem no recrutamento dos servidores públicos através da criação do processo meritocrático de seleção para os cargos públicos. A lei também proibiu que candidatos solicitassem contribuições de campanha desses servidores, protegendo-os de fazer contribuições forçadas (CORRADO, 2005, p. 9-10).

Em 1904, o juiz Alton B. Parker, candidato pelo partido Democrata, acusou o então presidente Theodore Roosevelt de estar favorecendo seus financiadores de campanha, trocando influência na administração pública por doações (modelo de criação de renda) (CORRADO, 2005). Parker também argumentou que Roosevelt estaria chantageando alguns monopólios para levantar fundos para sua campanha (modelo de extração de renda). De acordo com Smith (2001), mais de 73% do fundo partidário republicano, em 1904, foram oriundos de contribuições corporativas. Roosevelt negou

⁵⁰⁵ Nesse mesmo ano, o parlamento do Reino Unido aprovou o *Corrupt and Illegal Practices Prevention Act*. Dentre suas principais provisões, tem-se a criminalização da troca de votos por benefícios econômicos, bem como a regulamentação do montante de dinheiro legalmente permitido a ser utilizado durante os pleitos eleitorais. Bourdoukan (2010) identifica quatro elementos fundamentais da referida lei: “o primeiro deles, que se tornaria uma constante no modelo de financiamento político adotado no Reino Unido, foi a imposição de limites para os gastos com campanhas eleitorais. O ato também proibia certos tipos de despesas, como, por exemplo, o pagamento de transporte e alimentação aos eleitores em dias de votação, e proibia gastos feitos por terceiros em nome de candidatos sem sua expressa autorização. O quarto elemento foi a criação de uma série de procedimentos para permitir a auditoria pública das contas de campanha” (BOURDOUKAN, 2010, p. 114).

todas as acusações. No entanto, uma investigação conjunta realizada por duas diferentes comissões da assembleia estadual de Nova York revelou que a *New York Life* contribuiu com cerca de \$ 48.000,00 para uma conta não registrada do Comitê Nacional do Partido Republicano em 1904⁵⁰⁶. Foi o suficiente para elevar a demanda por mais regulamentação no financiamento das eleições (CORRADO, 2005), em particular no que diz respeito ao papel de contribuições corporativas. Na verdade, desde 1890, Nebraska, Missouri, Tennessee e Flórida proibiram contribuições de corporações nas eleições estaduais, mas depois desse incidente obteve-se a aprovação do *Tillman Act* (1907). Nas palavras de Corrado (2005),

[...] a *Tillman Act* de 1907 foi a primeira reforma eleitoral que tentou reduzir a crescente influência das grandes contribuições de campanha nas eleições nacionais. A lei tornou ilegal as contribuições provenientes de corporações e bancos nacionais para os candidatos a cargos federais (CORRADO, 2005, p. 12).

Em 1924, a demanda por mais reformas voltou a crescer depois de um escândalo envolvendo contribuições de campanha para *incumbents* em ano não eleitoral. As doações eram oriundas de empresas petrolíferas para membros específicos da comissão responsável pela regulamentação de alíquotas no mercado de óleo. O resultado prático disso foi que novas emendas foram feitas ao *Federal Corrupt Practices Act* (1910), entre elas, a disposição de que qualquer contribuição superior a U\$ 100,00 deveria entrar nos registros de prestação de contas, além da imposição de tetos de gasto para as eleições da Câmara dos Deputados (U\$ 5.000,00) e do Senado (U\$ 25.000,00). A supracitada disposição legal serviu como um dos principais marcos regulatórios das eleições norte-americanas até meados da década de 1970 (SMITH, 2001)⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Em 1950, em sua mensagem anual ao Congresso, o então presidente Roosevelt afirmou que: “não existe inimigo mais perigoso e deletério ao governo livre do que a corrupção do eleitorado [...] Recomendando a aprovação de uma lei contra o suborno e a corrupção nas eleições federais” (CORRADO, 2005, p. 11).

⁵⁰⁷ Para Corrado (2005), “Apesar das mudanças, um sistema regulatório efetivo nunca foi estabelecido. Ainda que a lei tenha determinado claramente a necessidade das prestações de conta, não previu nenhuma publicidade das informações nem mecanismos para fazer valer suas diretrizes. A lei não especificou quem teria acesso às prestações de conta, também não obrigou a sua publicação, nem tampouco estabeleceu punições para eventuais infratores. Como resultado, muitos candidatos continuaram a não prestar contas” (CORRADO, 2005, p. 15).

Em 1947, o Congresso norte-americano aboliu contribuições oriundas de entidades de classe ou sindicatos através da lei *Labor Management Relations Act* (1947), popularmente conhecido como *Taft-Hartley Act*. Em 1971, o Congresso aprovou o *Federal Election Campaign Act (FECA)* (1971). De acordo com Smith (2001), o referido dispositivo legal tinha quatro principais objetivos: a) fazer valer as regras de prestação de contas (associando penalidades aos infratores); b) ampliar a quantidade de recursos disponível para o financiamento público das eleições presidenciais; c) estabelecer limites às contribuições de campanha e d) reduzir a quantidade de dinheiro despendida nas eleições. Operacionalmente, a lei estabeleceu limites em relação à quantidade de recursos próprios que os candidatos poderiam investir em suas campanhas. Determinou também um teto no que diz respeito à quantidade de dinheiro que os candidatos poderiam gastar com propaganda (o total não poderia superar 60% da receita total do candidato). Além disso, definiu procedimentos específicos de prestação de contas para candidatos e comitês partidários⁵⁰⁸. Por exemplo, qualquer contribuição superior a \$ 100,00 deveria ser catalogada, descrevendo nome, endereço e ocupação do doador. O pressuposto que embasou a *FECA* (1971) foi que o aumento dos custos eleitorais estava diretamente associado com o gasto com propaganda. Nesse sentido, grande esforço foi empreendido no sentido de tentar reduzir o papel da propaganda no processo eleitoral, minimizando assim os custos gerais das eleições. No entanto, não foi o que aconteceu. Antes da aprovação da referida disposição legal, estima-se que o custo total das eleições de 1968 foi de cerca de \$ 300 milhões, valor bastante inferior ao valor total das eleições em 1972: \$ 425 milhões⁵⁰⁹.

Em 1974, o Congresso norte-americano aprovou um pacote de emendas ao *FECA* (1971) considerado a mais vigorosa tentativa de regulamentação

⁵⁰⁸ No que diz respeito especificamente aos limites de recursos próprios dos candidatos, tem-se o seguinte: \$ 50.000,00 para presidente e vice-presidente; \$ 35.000,00 para senador e \$ 25.000,00 para deputado federal.

⁵⁰⁹ O presidente Richard Nixon gastou mais do que o dobro em 1972 em relação a 1968. O candidato da oposição, o democrata George McGovern, gastou mais de quatro vezes o total investido em 1968. Esse padrão de gasto por si só já sugeria que novas medidas regulatórias seriam necessárias para controlar a quantidade de recursos utilizados nas eleições. O escândalo de *Watergate* serviu como enzima, elevando ainda mais a demanda popular por mais regulamentação do processo eleitoral.

do financiamento eleitoral até então. Limites de doações individuais foram estabelecidos em \$ 1.000,00 por candidato e \$ 25.000,00 em todo o ciclo eleitoral, incluindo candidatos e comitês partidários. As contribuições oriundas dos Comitês de Ação Política também foram limitadas: \$ 5.000,00 por candidato por ciclo eleitoral. Os limites estabelecidos pela FECA em relação ao gasto com propaganda sofreram ainda mais restrições: \$ 100.000,00 ou \$ 0,08 por eleitor para o Senado e \$ 70.000,00 para a Câmara dos Deputados. Para as eleições presidenciais, definiu-se o limite de \$ 20 milhões no total, além de restringir a quantidade de recursos nas primárias estaduais. Dentre as diferentes reformas adotadas, a doutrina é pacífica em identificar a mais importante inovação institucional, registre-se: a criação da *Federal Election Commission* (FEC), cuja função passou a ser administrar as leis eleitorais e implementar o financiamento público das campanhas. A supracitada instituição tem a competência de receber todas as prestações de contas, baixar resoluções, conduzir auditorias e investigações e zelar pelo fiel cumprimento da lei eleitoral (CORRADO, 2005). A despeito dessas medidas, em *Buckley v. Valeo*⁵¹⁰, a Suprema Corte revogou vários dos dispositivos que foram incorporados pelas diferentes emendas feitas ao *Federal Election Campaign Act*. O argumento central contra a regulação repousa sobre a proteção da liberdade de expressão. Se o Congresso tentar limitar as contribuições, essa ação vai regular a liberdade de expressão (*free speech*) e, conseqüentemente, essa ação vai ferir a Constituição⁵¹¹. A Suprema Corte assim determinou:

[...] uma restrição sobre a quantia que um indivíduo ou um grupo pode gastar com comunicação política durante a campanha necessariamente reduz a quantidade de expressão, pois restringe o número de assuntos discutidos, sua profundidade e o tamanho da audiência. Isso porque virtualmente todos os meios de comunicar ideias na atual sociedade de massa requerem o gasto de dinheiro [...] a crescente dependência do

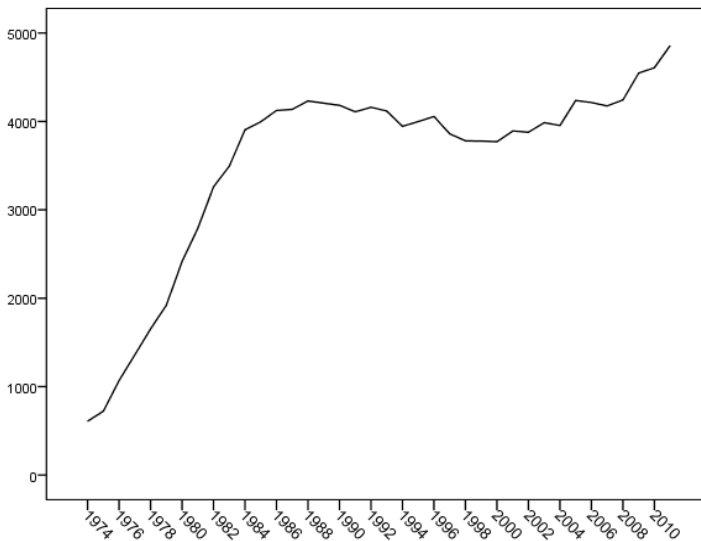
⁵¹⁰ *Buckley v. Valeo* (1976) representa um dos mais importantes casos da Suprema Corte. Foi também nesse caso que a Corte delineou grande parte da lógica que seria então utilizada contra futuras tentativas de regulação. Em particular, a Suprema Corte decidiu a constitucionalidade de diferentes dispositivos regulatórios sobre o financiamento das campanhas eleitorais frente à Primeira Emenda da Constituição norte-americana. Determinou que os limites sobre as contribuições de campanha eram constitucionais na medida em que demonstravam um interesse maior em evitar corrupção ou a aparência de corrupção. Por outro lado, julgou inconstitucionais os limites impostos aos gastos realizados de forma independente pelos candidatos e os gastos realizados com recursos próprios.

⁵¹¹ A Primeira Emenda a Constituição norte-americana assim determina: o Congresso não fará leis estabelecendo uma religião oficial, ou proibindo o livre exercício religioso; ou cerceando a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e de peticionar ao governo para a reparação de danos (Emenda I, 1791).

eleitorado pela televisão, pelo rádio, e por outros meios de comunicação em massa para adquirir informação, tem tornado esses modelos de comunicação indispensáveis instrumentos para um efetivo discurso político (*Buckley v. Valeo*, 424, U.S. 1, 1976, p. 9).

Alguns especialistas argumentam que um dos principais efeitos da FECA (1971) e suas posteriores emendas foi o crescimento do número de Comitês de Ação Política (*Political Action Committees – PACs*). O Gráfico 1 ilustra a evolução histórica dessas instituições.

Gráfico 01 – Número de Comitês de Ação Política por ano



Fonte: elaboração própria a partir da *Federal Election Commission* (2001)

Como pode ser observado, a partir de 1974 até 2010, existe uma forte tendência ao crescimento no número de Comitês de Ação Política. O principal problema associado a esses comitês foi a utilização de *soft money*, ou seja, dinheiro arrecadado à margem dos limites estabelecidos pela lei federal, nas eleições nacionais. Foi exatamente contra esses e outros problemas que o Congresso aprovou o *Bipartisan Campaign Reform Act (BCRA)* em 2002. De acordo com o *Federal Election Commission*, uma importante medida foi acabar com a distinção entre as propagandas que diretamente apoiam a eleição de um determinado candidato (*express advocacy*) daquelas que o

fazem indiretamente (*issue advocacy*). Com a nova lei, essas propagandas foram unificadas sob a modalidade comunicações eleitorais e não podendo ser financiadas com recursos oriundos de empresas privadas com fins lucrativos e/ou provenientes de entidades de classe ou sindicatos⁵¹².

A Tabela 13 sumariza as principais disposições legais sobre o financiamento de campanha nos EUA.

Tabela 13 – Evolução histórica da legislação sobre financiamento de campanha nos Estados Unidos

Lei (ano)	Objetivo/dispositivos
<i>Tillman Act</i> (1907)	Reduzir a influência das grandes doações de campanha eleições federais. Tornou ilegais as contribuições de campanha oriundas de corporações e bancos nacionais.
<i>Federal Corrupt Practices Act</i> (1910) (<i>Publicity Act</i>)	Estabelecer não só a prestação de contas, mas também limites de gasto nas eleições para a Câmara dos Deputados. Obrigou os comitês partidários nacionais operando em dois ou mais estados a reportar suas receitas e despesas no período pós-eleitoral.
<i>Federal Corrupt Practices</i> (1911) e (1925) (emendas)	Expandir a necessidade de prestação de contas nas eleições nacionais. Incluiu as eleições para o Senado. Estabeleceu limites na quantidade de dinheiro despendida nas eleições, incluindo as eleições primárias e convenções ⁵¹³ . Também obrigou a prestação de contas dos candidatos. Determinou o limite de \$ 5.000,00 para as eleições para a Câmara dos Deputados e \$ 10.000,00 para o Senado.
<i>Hatch Act</i> (1939) (<i>Clean Politics Act</i>)	Limitar a ação política de servidores públicos federais. Proibiu a utilização de quaisquer prerrogativas dos funcionários do governo federal para levantar contribuições de campanha.

⁵¹² No entanto, em *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010), a Suprema Corte determinou que o gasto de corporações e de entidades de classe em propaganda eleitoral realizado de forma independente dos candidatos é protegido pela Primeira Emenda, ou seja, não pode ser proibido. A supracitada decisão anulou totalmente as determinações consubstanciadas em *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* (1990) e revogou parcialmente algumas das provisões estabelecidas em *McConnell v. Federal Election Commission* (2003).

⁵¹³ Em *Newberry v. United States* (1921), a Suprema Corte determinou que o Congresso não pode regular as eleições primárias e convenções partidárias. O resultado prático da supracitada decisão foi a revogação dos limites instituídos pelas emendas ao *Federal Corrupt Practices Act* (1911).

Lei (ano)	Objetivo/dispositivos
<i>Hatch Act</i> (1940) (emendas)	Limitar a \$ 5.000,00 o limite para contribuições individuais para candidatos as eleições nacionais, além de fixar o limite de \$ 3 milhões por ciclo eleitoral para os comitês partidários operando em um ou mais dois estados. Proibiu ainda as contribuições oriundas de empresas contratadas pelo governo federal.
<i>Smith-Connally Act</i> (1943) (War Labor Disputes Act)	Reduzir o papel das contribuições sindicais nas eleições nacionais. Proibiu as contribuições de campanha oriundas de entidades sindicais, mas o ato foi adotado como uma medida de emergência e teve sua vigência limitada (após seis meses depois do fim da guerra, a lei perderia seus efeitos).
<i>Labor Management Relations Act</i> (1947) (Taft-Hartley Act)	Baniu permanentemente as contribuições oriundas de entidades sindicais. Proibiu também o gasto de campanha dessas entidades, mesmo realizado de forma independente do candidato.
<i>The Federal Election Campaign Act</i> (1971)	a) fazer valer o cumprimento das prestações de contas (associando penalidades aos infratores); b) ampliar o financiamento público para as eleições presidenciais; c) limitar o valor das contribuições e do gasto dos candidatos. De forma geral, procurava reduzir a quantidade de dinheiro despendida nas eleições, em particular com serviços de propagandas (mídia televisiva).
<i>The Federal Election Campaign Act</i> (1974) (emendas)	Criação da <i>Federal Election Commission</i> com o propósito de aumentar o nível de regulamentação sobre as campanhas eleitorais.
<i>Bipartisan Campaign Reform Act</i> (2002)	Reduzir a quantidade de <i>soft money</i> nas eleições nacionais. Estabeleceu também novos limites para a quantidade de recursos que indivíduos podem contribuir nas campanhas eleitorais. Elevou para \$ 2.000,00 o limite para a contribuição para candidatos por ciclo eleitoral. Aumentou para \$ 10.000,00 o limite para contribuição para os comitês partidários estaduais, distritais e locais. Elevou para \$ 25.000,00 o limite para contribuições para os comitês partidários nacionais. Aumentou para \$ 95.000,00 o limite total individual por ciclo eleitoral.

6 Conclusão

Em termos teóricos, o principal objetivo dessa monografia foi analisar o financiamento de campanhas eleitorais em perspectiva comparada, concedendo especial atenção aos casos do Brasil e dos Estados Unidos. Os resultados sugerem, na maior parte dos países, que a regulamentação sobre as fontes de financiamento de campanha é bastante limitada. No entanto, a despeito das significativas diferenças em seus desenhos institucionais, Brasil e Estados Unidos apresentam altos níveis de controle sobre a origem dos recursos que financiam as campanhas eleitorais. Além disso, em ambos os países, observa-se uma progressiva restrição à participação dos atores políticos legalmente aptos a contribuir para as campanhas eleitorais.

Em termos institucionais, tanto o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) quanto o *Federal Election Commission (FEC)* oferecem tecnologias para a coleta, o processamento e a divulgação sistemática de informações. Nesse sentido, não há espaço para o argumento de que faltam dados para investigar a realidade. Partindo do pressuposto de que os processos de mudança institucional se beneficiam do conhecimento de outros contextos, é importante entender como diferentes países regulamentam as fontes de financiamento eleitoral. Isso porque a perspectiva comparada permite identificar quais são as práticas institucionais mais eficientes e quais delas são mais adequadas para serem emuladas em diferentes desenhos institucionais.

Inegavelmente, estimar em que medida as regras eleitorais produzem os seus efeitos esperados é um dos principais desafios enfrentados não só pelos estudiosos do assunto, mas também pelos formuladores de políticas públicas. Isso porque qualquer tentativa de reforma política precisa identificar as eventuais consequências produzidas por cada opção institucional. Com essa monografia, espera-se contribuir para a melhor compreensão das regras que regulamentam o financiamento de campanha de forma geral e no Brasil e nos Estados Unidos em particular.

Referências

ABRAMOWITZ, A. Explaining senate election outcomes. *American Political Science Review*, 82, p. 385-403, 1988.

ABRAMOWITZ, A. Incumbency campaign spending, and the decline of competition in U.S. Elections. *Journal of Politics*, 53, p. 34-56, 1991.

ANSOLABEHRE, S.; GERBER, A. The mismeasure of campaign spending: evidence from the 1990 U.S. House elections. *Journal of Politics*, 56, p. 1106-18, 1994.

ANSOLABEHRE, Stephen; IYENGAR, Shanto. Effects of advertising and news in campaigns. *Public Opinion Quarterly*, 58, p. 335-57, 1994.

BACKES, A. L. *Legislação sobre financiamento de partidos e de campanhas eleitorais no Brasil, em perspectiva histórica*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Brazil/Leyes/financiamento.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2011.

BAUMGARTNER, F.; LEECH, B. (1988). *Basic interests: the importance of groups in politics and in political science*. New Jersey: Princeton University Press.

BERRY, D. *Electoral economics: getting and spending*, Polity 7, 1974.

BOIX, C. Setting the rules of the game: the choice of electoral systems in advanced democracies. *American Political Science Review*, 93, p. 609-624, 1999.

BOURDOUKAN, A. *O bolso e a urna: financiamento de campanha em perspectiva comparada*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Departamento de Ciência Política, 2010.

BUCHANAN, J.; TULLOCK, G. *The calculus of consent*. Ann Harbor: University of Michigan, 1962. Buckley v. Valeo, 424, U.S. 1, 1976. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0424_0001_ZS.html> Acesso em: 11 set. 2011.

CERVI, E. U. *Instituições democráticas e financiamento de campanhas no Brasil: análises das contribuições de pessoas físicas, jurídicas e partidos políticos às eleições de 2008 e o financiamento público exclusivo de campanha*. Trabalho apresentado no 33º encontro anual da ANPOCS, Caxambu, 2009.

COATES, D. Additional Incumbent Spending Really Can Harm (at Least Some) Incumbents: An Analysis of Vote Share Maximization. *Public Choice*, 95, p. 63-87, 1998.

COLOMER, J. *Handbook of electoral system choice*. New York/London, Palgrave/Macmillan, 2004.

CORRADO, A. Public funding of presidential campaigns, In: CORRADO, A.; MANN, T. E.; ORTIZ, D. R.; POTTER, T. (Eds.). *The new campaign finance sourcebook* (p. 180-204). Washington, DC: Brookings Institution Press, 2005.

COX, G. Centripetal and centrifugal incentives in electoral systems. *American Journal of Political Science*, 34, p. 903-935, 1990.

DOWNS, A. *An economic theory of democracy*. Harper and Row, New York, 1957.

DUVERGER, M. *Political parties*. Wiley, New York, 1963.

ERIKSON, R. S.; PALFREY, T. R. Equilibria in campaign spending games: theory and evidence. *American Political Science Review*, 94, p. 595-609, 2000.

GEDDES, B. *Paradigms and sand castles: theory building and research design in comparative politics*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2003.

GERBER, A. Estimating the effect of campaign spending on Senate election outcomes using instrumental variables. *American Political Science Review*, 92, 401-411, 1998.

GERBER, A. Does Campaign Spending Work? Field Experiments Provide Evidence and Suggest New Theory. *American Behavioral Scientist*, 47, n. 5, p. 541-574, 2004.

GERBER, A. S.; GREEN, D. P. The effects of canvassing, telephone calls, and direct mail on voter turnout: a field experiment. *American Political Science Review*, 94, p. 653-663, 2000.

GERRING, J. (2001). What is a case study and what is it Good for? *The American Political Science Review* v. 98, n. 2, p. 341-354, May, 2004.

GLANTZ, S.; ABRAMOWITZ, A.; BURKHART, M. Election outcomes: whose money matters? *Journal of Politics*, 38, p. 1033-8, Nov. 1976.

GOIDEL, R.; GROSS, D. A systems approach to campaign finance in U.S. House elections. *American Politics Quarterly*, 22, p. 125-53, 1994.

GOLDER, M. Democratic electoral systems around the world, 1946-2000. *Electoral Studies*, 24, p. 103-121, 2005.

GREEN, D. P.; KRASNO, J. S. Salvation for the spendthrift incumbent. *American Journal of Political Science*, 32, p. 884-907, 1988.

GREEN, D. P.; KRASNO, J. S. Rebuttal to Jacobson's new evidence for old arguments. *American Journal of Political Science*, 34, p. 363-72, 1990.

GRIER, K. Campaign spending and senate elections, 1978-1984. *Public Choice*, 63, p. 201-219, 1989.

HOUSER, D.; STRATMANN, T. Selling favors in the lab: experiments on campaign finance reform. *Public Choice*, 136, p. 215-239, 2008.

JACOBSON, G. C. Money and votes reconsidered: congressional elections, 1972-1982. *Public Choice*, 47, n. 1, p. 7-62, 1985.

JACOBSON, G. Public funds for congressional candidates: who would benefit? *Public Policy*, 24, p. 1-32, 1976.

JACOBSON, G. C. The effect of campaign spending in congressional elections. *American Political Science Review*, 72, p. 469-491, 1978.

JACOBSON, G. C. The effects of campaign spending in House elections: new evidence for old arguments. *American Journal of Political Science*, 34, p. 334-362, May 1990.

JACOBSON, G. C. *The politics of congressional elections*. 5th Ed. New York: Longman, 2001.

JONES, M. A guide to the electoral systems of the Americas. *Electoral Studies*, 14, p. 5-21, 1995.

KENNY, C. ; MCBURNETTSOURCE, M. An individual-level multiequation model of expenditure effects in contested House elections. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 3, p. 699-707.

KING, G. Publication, publication, *PS: Political Science and Politics*, 39, p. 119-125, 2006.

_____. Replication, replication, *PS: Political Science and Politics*, 28, p. 443-499, 1995.

KING, G.; KEOHANE, R.; VERBA, S. *Designing social inquiry: scientific inference in qualitative research*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

KRASNO, J.; GREEN, D.; COWDEN, J. The Dynamics of campaign fundraising in house elections. *Journal of Politics*, 56, p. 459-74, 1994.

KRUEGER, A. O. The political economy of the rent-seeking society. *The American Economic Review*, 64, p. 291-303, 1974.

LANDMAN, T. *Issues and methods in comparative politics*. Routledge, 2008.

LEMOS, L.; MARCELINO, D.; PEDERIVA, J. Por que dinheiro importa: a dinâmica das contribuições eleitorais para o Congresso Nacional em 2002 e 2006. *Revista Opinião Pública*, Campinas, v. 16, n. 2, p. 366-397, 2010.

LEVITT, S. Using repeat challengers to estimate the effect of campaign spending on election outcomes in the House. *Journal of Political Economy*, 102, p. 77-98, 1994.

LIEBERMAN, E. S. Nested analysis as a mixed-method strategy for comparative research. *American Political Science Review*, v. 99, n. 3, p. 435-452, 2005.

LIJPHART, A. Comparative politics and comparative method. *The American Political Science Review*, v. 65, n.3, p. 682-693, 1971.

LIJPHART, A. *Electoral systems and party systems: a study of twenty-seven democracies, 1945-1990*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

LOTT, W.; WARNER, P. The relative importance of campaign expenditures: an application of production theory. *Quality and Quantity*, v. 8, n. 1, p. 99-105, 1974.

MAINWARING, S. Politicians, parties, and electoral systems: Brazil in comparative perspective. *Comparative Politics*, v. 24, n. 1: p. 21-43, 1991.

MANCUSO, W. P. *O lobby da indústria no Congresso Nacional: empresariado e política no Brasil contemporâneo*. São Paulo: EDUSP/HUMANITAS, 2007.

MANKIW, G. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

MCCHESENEY, F. *Money for nothing: politicians, rent extraction, and political extortion*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

MORTON, R.; CAMERON, C. Elections and the theory of campaign contributions: a survey and critical analysis. *Economics and Politics*, 4, p. 7-108, March 1992.

NORRIS, P. Choosing electoral systems: proportional, majoritarian and mixed systems. *International Political Science Review*, 18, p. 297-312, 1997.

OLSON, M. *The logic of collective action*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1965.

PALDA, K. Does advertising influence votes? an analysis of the 1966 and 1970 Quebec elections. *Canadian Journal of Political Science*, 6, p. 638-55, 1973.

PALDA, K. The effect of expenditure on political success. *Journal of Law and Economics*, 18, p. 745-71, 1975.

PEIXOTO, V. *Impacto dos gastos de campanhas nas eleições de 2006*. Trabalho apresentado no 32º Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu, 2008.

PEIXOTO, V. Financiamento de campanhas: o Brasil em perspectiva comparada. *Perspectivas: Revista de Ciências Sociais*. Araraquara, SP: Unesp, v. 35, p. 91-116, 2009.

PINCUS, J. J. Pressure groups and the pattern of tariffs. *Journal of Political Economy*, 83, p. 757-777, 1975.

PORTUGAL, A. C.; BUGARIN, M. S. *Financiamento público de campanhas eleitorais: efeitos sobre bem estar social e representação partidária no Legislativo*. Universidade de Brasília: Departamento de Economia, 2003. Série Textos para Discussão. Disponível em: <<http://www.unb.org.br>> Acesso em: 2 abr. 2011.

POSNER, R. The social cost of monopoly and regulation. *Journal of Political Economy*, 83, p. 807-27, 1975.

POTTERS, J.; SLOOF, R. Interest groups: a survey of empirical models that try to assess their influence. *European Journal of Political Economy*, v. 12, p. 403-442, 1996.

RAE, Douglas W. *The political consequences of electoral laws*. New Haven CT: Yale University Press, 1967.

RAGIN, C. *The comparative method: moving beyond qualitative and quantitative strategies*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1987.

SAMUELS, D. Incentives to cultivate a party vote in a candidate-centric electoral system. *Comparative Political Studies*, v. 32, n. 4, 1999.

SAMUELS, D. Money, elections and democracy in Brazil. *Latin American Politics and Society*, v. 43, n. 2, p. 27-48, 2001a.

SAMUELS, D. Does money matter? campaign finance in newly democratic countries: theory and evidence from Brazil. *Comparative Politics*, 34, p. 23-42, 2001b.

SAMUELS, D. Incumbents and challengers on a level playing field: assessing the impact of campaign finance in Brazil. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 2, p. 569-584, 2001c.

SANTOS, M. *O parlamento sob influência: o lobby da indústria na Câmara dos Deputados*. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Departamento de Ciência Política, 2011.

SHEPARD, L. Does campaign spending really matter? *Public Opinion Quarterly*, 41, p. 196-205, 1977.

SILBERMAN, J.; YOCHUM, G. The role of money in determining election outcomes. *Social Science Quarterly*, 58, p. 671-82, March 1978.

SMITH, B. *Unfree speech: the folly of campaign finance reform*. Princeton: University Press, 2001.

SMITH, R. Interest group influence in the U.S. Congress. *Legislative Studies Quarterly*, v. 20, n. 1, p. 89-139, 1995.

SOARES, G. O calcanhar metodológico da Ciência política no Brasil. *Sociologias*, n. 48, maio 2005.

SQUIRE, P. (1995). Candidates, money, and voters: assessing the state of congressional elections research. *Political Research Quarterly*, v. 48, n. 4, p. 891-917, 1995.

STIGLER, G. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, p. 3-21, 1971.

SWANSON, G. *Framework for comparative research: structural anthropology and theory of action: essay in trends and applications*. Berkeley: University of University of California, 1971.

VAN EVERA, S. *Guide to methods for students of political science*. New York: Cornell University, 1997.

WELCH, W. The allocation of political monies: economic interest groups. *Public Choice*, 35: p. 97-120, 1980.

WELCH, W. The economics of campaign funds. *Public Choice*, 20, p. 83-97, 1974.

ZOVATTO, D. Financiamento de partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. *Opinião Pública*, Campinas: CESOP, v. 11, n. 2, p. 287-336, 2005.

A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: UM DESAFIO PARA O DIREITO ELEITORAL?

João Andrade Neto

Resumo

Inserir-se no campo de estudos do Direito Público brasileiro, mais especificamente, do Direito Constitucional e Eleitoral. A partir da década de 1990, difundiu-se no país o discurso da modernização do Estado. Dois fatos ocorridos no período são significativos: a realização, em 1996, das primeiras eleições com uso da urna eletrônica de votação; e a promulgação, em 1998, da Emenda Constitucional 19, que introduziu a eficiência entre os princípios da Administração Pública previstos no *caput* do art. 37 da Constituição. As decisões do Tribunal Superior Eleitoral mostram que, desde então, o princípio passou a ser tratado como motivo para a prática de atos administrativos e fundamento para decisões jurisdicionais. Observa-se, porém, que, embora se invoque a eficiência para justificar a adoção de novos paradigmas de governança judicial, o contexto em que se insere a modernização das práticas judiciárias no Brasil é marcado pela ausência de reflexão acerca do significado daquele princípio. Objetiva problematizar a incidência do princípio da eficiência no Direito Eleitoral e propor condições para a aplicação dessa norma pelos juízes eleitorais brasileiros. A investigação se desenvolve de modo a responder às seguintes perguntas: o que é eficiência e em que medida ela pode ser entendida como um princípio? É o princípio da eficiência um princípio de Direito Eleitoral? Devem os juízes eleitorais aplicar o princípio da eficiência ao julgar? O marco teórico adotado é a doutrina de Ronald Dworkin (2005, 2007b) acerca da distinção entre duas espécies de princípios em sentido amplo: as metas políticas, que fornecem argumentos para a administração; e os princípios em sentido estrito, os quais fornecem argumentos para a jurisdição. Aplicando esses conceitos ao Direito Eleitoral e às atividades desenvolvidas pela Justiça Eleitoral e desprezando possíveis repercussões processuais, pretende-se demonstrar que a eficiência é uma meta política (um princípio apenas em sentido amplo) que impõe aos juízes eleitorais no exercício da administração a escolha dos meios menos onerosos para realizar as eleições e garantir a legitimidade delas; mas também desempenha a função de um princípio em sentido estrito, e, por isso, os juízes eleitorais estão autorizados a adotá-la como fundamento

de decisões judiciais proferidas no exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos. Demonstrada a dúplici função da eficiência, destacam-se os riscos do desrespeito aos limites de sua incidência em cada caso. Nesse ponto, a pesquisa contribui para uma reflexão acerca do importante papel que os juizes eleitorais têm a desempenhar diante de exigências coletivas que podem ameaçar direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito eleitoral, Princípio da eficiência, Juiz eleitoral, Justiça Eleitoral.

Abstract

This monograph adopts as its field of study the Brazilian Public Law, more specifically, the Constitutional and Electoral Law. Since the 1990s, the discourse of modernizing state has spread in Brazil. Two events occurred in the period are significant: the first elections using electronic voting machines in 1996, and the enactment of Constitutional Amendment 19, in 1998, which introduced efficiency among the principles of Public Administration stated in the heading of Constitution Article 37. The Superior Electoral Court's decisions show that, since then, the efficiency has been treated as a reason for administrative acts and grounds for jurisdictional decisions. It is observed however, that although the efficiency is invoked to justify the adoption of new paradigms of judicial governance, the context in which is included the modernization of judicial practice in Brazil is marked by the absence of reflection on the meaning of that principle. Starting from the assumption of this situation, the main objective of this work is to discuss the implications of the principle of efficiency in the Electoral Law and to propose conditions for the application of this standard by the Brazilian electoral judges. The research is conducted in order to answer the following questions: what is efficiency and in what sense it can be understood as a principle? Is the principle of efficiency a principle of Election Law? Must electoral judges apply the principle of efficiency when they judge? The theoretical basis adopted here is Ronald Dworkin's doctrine about the distinction between two kinds of principles in a broader sense: policies, which provide arguments for the administration, and principles in the narrow sense, which provide arguments for the jurisdiction (DWORKIN, 2005, 2007b). Applying these concepts to the Electoral Law and to the Electoral Justice's activities, and disregarding possible repercussions on the Procedural

Law, we intend to demonstrate that efficiency is a policy (a principle only in a broader sense) which requires electoral judges in the exercise of administration to choose the most efficient means to conduct the elections and ensure their legitimacy, but it also plays the role of a principle in a narrow sense, and therefore, the electoral judges are allowed to adopt it as grounds of judgments given in the exercise of judicial review of administrative acts. Established the dual function of efficiency, we denounce the risks of disrespecting the limits of the principle incidence in each case. At this point, the research contributes to a reflection about the important role that the electoral judges have to play face the collective demands that may threaten fundamental rights.

Keywords: Electoral law, Principle of efficiency, Judge of elections, t Electoral Court.

1 Introdução: O discurso da eficiência

Em 4 de junho de 1998, as mesas da Câmara de Deputados e do Senado Federal promulgaram a Emenda Constitucional (EC) 19, que “[...] dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências [...]” (BRASIL, 1998a).

Entre as alterações promovidas pela emenda, a eficiência foi incluída no rol dos princípios aos quais deve obediência a Administração Pública, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição (CRFB/88) (BRASIL, 1988):

Art. 3º O *caput*, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo os §§ 7º a 9º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* [...]. (BRASIL, 1998a, grifo nosso).

Em 1996, dois anos antes da publicação do novo texto constitucional, nas eleições municipais então realizadas, havia-se utilizado pela primeira vez um equipamento capaz de automatizar 100% da votação e da apuração dos votos: a urna eletrônica. As máquinas foram inicialmente empregadas em 57 cidades do país: em todo o Estado do Rio de Janeiro, na capital dos demais

estados e nos municípios com mais de duzentos mil eleitores. Naquele pleito, um terço do eleitorado do Brasil usou as novas urnas; no de 1998, dois terços dos eleitores votaram eletronicamente; e, no ano 2000, a totalidade do eleitorado brasileiro votou por meio eletrônico. (TRIBUNAL..., 2011b).

Os ganhos na velocidade da condução do processo eleitoral, especialmente na fase de apuração, foram significativos:

O intento possibilitou, por exemplo, que nas eleições gerais de 2006 vários Estados conseguissem completar o resultado de quase a totalidade dos votos em menos de uma hora. E, em três horas a grande maioria dos eleitores já sabia quem tinham sido os escolhidos. (PEREIRA, 2011).

Segundo informação disponível no *site* do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), tal “[...] agilidade na contagem e na divulgação dos votos [...]” constitui um motivo para o “orgulho” que a maioria dos brasileiros demonstra em relação ao processo eletrônico de votação e para os altos índices de aprovação de que a urna eletrônica goza no país (TRIBUNAL..., 2011c):

Único no mundo, o processo eleitoral brasileiro é campeão em *agilidade na contagem e na divulgação dos votos*. Motivo de orgulho para o povo brasileiro, o processo eletrônico de votação é aprovado por cerca de 98% dos brasileiros (segundo pesquisa realizada pelo Instituto Nexus, de Belo Horizonte (MG), em dezembro de 2006). Por meio das urnas eletrônicas, já foram apurados quase 2,5 bilhões de votos de 1996 a 2007. (TRIBUNAL..., 2011c, grifo nosso).

O pequeno intervalo de dois anos que separa os dois fatos – a realização das primeiras eleições informatizadas do país, em 1996, e a introdução do termo “eficiência” no texto da CRFB/88 (BRASIL, 1988), em 1998 – é significativo.

A partir de meados da década de 1990, as discussões sobre o processo de reforma do Estado brasileiro foram pautadas pela palavra-chave “eficiência”. Disseminada na esfera de debate político, a ideia da “[...] qualidade essencial da boa governança, tanto em sua atuação externa como interna [...]” (MOREIRA NETO, 2008, p. 103), adentrou o discurso jurídico na condição de princípio a ser concretizado pelas diversas instâncias governamentais.

Para autores como Moreira Neto (2008, p. 105), o impacto de tal novidade foi tamanho, que implicou uma mudança de paradigma estatal e o surgimento “[...] de uma visão funcionalista do Direito Administrativo, capaz de produzir não quaisquer resultados, mas resultados legítimos e eficientes em termos de atendimento dos administrados [...]”.

Especificamente no âmbito em que se insere esta pesquisa, o conceito normativo de eficiência foi introduzido tanto como motivo dos atos administrativos praticados pela Justiça Eleitoral quanto como fundamento da jurisprudência em matéria eleitoral.

A consulta ao banco eletrônico de dados do TSE revela que, de todas as decisões colegiadas da Corte, treze contêm o termo “eficiência” em sua indexação ou ementa: sete delas constituem acórdãos (manifestações de natureza jurisdicional), e seis, atos administrativos. Do universo de julgados obtidos, somente um foi proferido antes da década de 1990, a Resolução 3.305, de 18 de novembro de 1949 (BRASIL, 1949).

Neste caso, provocado pelo Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE-BA), que informava “[...] não haver remetido mapas informativos do eleitorado da circunscrição, devido a demora dos juízes eleitorais no envio dos dados necessários [...]” (BRASIL, 1949), o TSE respondeu que: “[...] o Tribunal Regional dispõe de meios compulsórios e deles deve fazer uso, para que a eficácia do serviço eleitoral não seja prejudicada [...]” (BRASIL, 1949).

As demais decisões são posteriores a 1996. Uma delas é da década de 1990, a Resolução 20.234, de 18 de junho de 1998, que, no âmbito do Processo Administrativo (PA) 16.026, indeferiu a proposta de flexibilização da estrutura administrativa do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás (TRE-GO) (BRASIL, 1998b).

Os outros resultados datam dos anos 2000. Quatro deles referem-se a decisões administrativas: a Resolução 21.009, de 5 de março de 2002, a qual “Estabelece normas relativas ao exercício da jurisdição eleitoral em primeiro grau [...]” (BRASIL, 2002); a Resolução 21.761, de 13 de maio de 2004, a qual trata do critério de substituição de juízes eleitorais (BRASIL, 2004b);

a Resolução 21.909, de 31 de agosto de 2004, a qual dispõe sobre o limite máximo de servidores requeridos pela Secretaria dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) (BRASIL, 2004c); e a Petição 22.571, de 16/08/2007, a qual fixou critérios para a remoção de servidores do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí (TRE-PI) (BRASIL, 2007c).

As últimas sete ocorrências são acórdãos, proferidos no julgamento: da Representação (RP) 773, de 24 de novembro de 2005 (BRASIL, 2006b); da RP 908, de 20 de junho de 2006 (BRASIL, 2006c); do Recurso no Mandado de Segurança (RMS) 343, de 2 de fevereiro de 2006 (BRASIL, 2007a); do RMS 514, de 8 de maio de 2007 (BRASIL, 2007b); dos Embargos de Declaração (ED) no Recurso Especial Eleitoral (Respe) 29.022, de 16 de outubro de 2008 (BRASIL, 2008a); do Recurso na RP 1.406, de 6 de abril de 2010 (BRASIL, 2010c); e dos ED no Agravo Regimental (AR) no Respe n. 62.664, de 16 de novembro de 2010 (BRASIL, 2010b).

No que se refere ao STF, em pelo menos uma ocasião o Tribunal se valeu do princípio da eficiência para decidir acerca de matéria eleitoral – no julgamento da Medida Cautelar (MC) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.467 (BRASIL, 2011), cuja ementa é a seguinte:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 91-A, CAPUT, DA LEI 9.504, DE 30.9.1997, INSERIDO PELA LEI 12.034, DE 29.9.2009. ART. 47, § 1º, DA RESOLUÇÃO 23.218, DE 2.3.2010, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. OBRIGATORIEDADE DA EXIBIÇÃO CONCOMITANTE, NO MOMENTO DA VOTAÇÃO, DO TÍTULO ELEITORAL E DE DOCUMENTO OFICIAL DE IDENTIFICAÇÃO COM FOTOGRAFIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DO LIVRE EXERCÍCIO DA SOBERANIA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA EFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DAS NORMAS IMPUGNADAS. PERIGO NA DEMORA CONSUBSTANCIADO NA IMINÊNCIA DAS ELEIÇÕES GERAIS MARCADAS PARA O DIA 3 DE OUTUBRO DE 2010. 1. A proximidade das eleições gerais de 3 de outubro de 2010 e a invulgar importância do tema enfrentado na presente ação direta, relativo ao livre exercício da cidadania pela expressão do voto, autorizam o procedimento de urgência previsto no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/99, a fim de que o Tribunal possa se manifestar antes de eventual perecimento de direito. 2. A segurança do procedimento de identificação dos eleitores brasileiros no ato de votação ainda apresenta deficiências que não foram definitivamente solucionadas. A postergação do implemento de projetos como a

unificação das identidades civil e eleitoral num só documento propiciou, até os dias atuais, a ocorrência de inúmeras fraudes ligadas ao exercício do voto. 3. A apresentação do atual título de eleitor, por si só, já não oferece qualquer garantia de lisura nesse momento crucial de revelação da vontade do eleitorado. Por outro lado, as experiências das últimas eleições realizadas no Brasil demonstraram uma maior confiabilidade na identificação aferida com base em documentos oficiais de identidade dotados de fotografia, a saber: as carteiras de identidade, de trabalho e de motorista, o certificado de reservista e o passaporte. 4. A norma contestada, surgida com a edição da Lei 12.034/2009, teve o propósito de alcançar maior segurança no processo de reconhecimento dos eleitores. Por isso, estabeleceu, já para as eleições gerais de 2010, a obrigatoriedade da apresentação, no momento da votação, de documento oficial de identificação com foto. 5. Reconhecimento, em exame prefacial, de plausibilidade jurídica da alegação de ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade na interpretação dos dispositivos impugnados que impeça de votar o eleitor que, embora apto a prestar identificação mediante a apresentação de documento oficial com fotografia, não esteja portando seu título eleitoral. 6. Medida cautelar deferida para dar às normas ora impugnadas interpretação conforme à Constituição Federal, no sentido de que apenas a ausência de documento oficial de identidade com fotografia impede o exercício do direito de voto. (BRASIL, 2011).

A ação havia sido proposta pelo Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores (PT). O autor pretendia que o art. 91-A da Lei 9.504/1997 (BRASIL, 1997), introduzido pela Lei 12.034/2009 (BRASIL, 2009), fosse interpretado conforme a CRFB/88 ou declarado inconstitucional, por ofensa ao “[...] livre exercício da soberania e aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da *eficiência* [...]” (BRASIL, 2011, grifo nosso).

O dispositivo legal controvertido estabelece que: “No momento da votação, além da exibição do respectivo título, o eleitor deverá apresentar documento de identificação com fotografia.” (BRASIL, 1997). Liminarmente, o autor pleiteava que se afastasse de imediato a interpretação do artigo que supunha necessária, no momento da votação, a apresentação do título de eleitor por cidadão já civilmente identificado (BRASIL, 2011).

A Corte, por maioria e nos termos do voto da relatora, ministra Ellen Gracie, concedeu o pedido liminar e reconheceu que: “[...] somente traria obstáculo ao exercício do direito de voto a ausência de documento oficial de identidade, com fotografia.” (BRASIL, 2011). De acordo com o ministro Carlos

Ayres Britto, a decisão, que determinou fosse dada interpretação conforme a Constituição ao artigo questionado, sem declarar a inconstitucionalidade do dispositivo, “[...] homenageia outros princípios constitucionais [além do direito ao voto], por exemplo, evita evasão ou abstenção de voto, homenageia o princípio da universalização do voto, homenageia a *eficiência nos serviços eleitorais* [...]” (BRASIL, 2011, grifo nosso).

O STF confirmou, assim, o argumento do partido autor da ADI, segundo o qual,

[...] estabelecida a necessidade do porte de um documento oficial de identidade com fotografia, a apresentação do título eleitoral, como condição para votar, tornou-se imposição burocrática exorbitante, atentatória ao livre exercício da soberania popular e incompatível com os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da *eficiência*. (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Os exemplos citados sancionam a premissa de que, desde meados da década de 1990, o princípio da eficiência passou a fundamentar os julgamentos em matéria eleitoral e a motivar os atos administrativos praticados pelos órgãos da Justiça Eleitoral.

Todavia, a principal afirmação feita neste trabalho é mais abrangente. Sem desprezar o significado do aumento do número de decisões que mencionam expressamente a eficiência entre suas razões, no que interessa a esta pesquisa, revestem-se de especial importância os discursos jurídicos que, embora não declarem, tomam o princípio como pressuposto lógico. Interessa, especialmente, a difundida ideia, intuída e não problematizada, de que tal norma abstrata oferece argumentos suficientemente fortes para justificar, por exemplo, a adoção de estratégias para reduzir a duração normal de procedimentos judiciais, ainda que em sacrifício de outros princípios.

Vera Karam de Chueri (2011) observa que exigências relativas a tempo e quantidade de decisões, associadas ao uso de novas soluções tecnológicas, têm permeado os debates contemporâneos acerca do papel do Poder Judiciário no Brasil:

Então a Corte Constitucional é, nos dias de hoje, dirigida por números e, para atingir suas metas em termos de números (de decisões), faz uso de ferramentas e soluções tecnológicas como o processo eletrônico que leva à digitalização dos procedimentos jurídicos. [...] Em junho de 2007, o Supremo Tribunal iniciou o processo de digitalização de suas ações a fim de economizar tempo e dinheiro e ganhar em *eficiência*. (CHUERI, 2011, tradução nossa, grifo nosso).

Apesar de reconhecer os benefícios do processo de modernização dos atos judiciais por meio da informatização, a autora não se revela uma entusiasta das mudanças:

Mas eu não estou muito certa de que essas razões autorizam a acreditar que a revisão judicial brasileira (concentrada e difusa) e, conseqüentemente, o constitucionalismo e a democracia do País estarão melhores apenas com soluções instrumentais como os procedimentos de digitalização, os quais reduzem o número de recursos e, portanto, o número de casos submetidos aos tribunais, especialmente ao Supremo Tribunal. Meu argumento é que não se trata só de uma questão de números ou um problema de meios, como os últimos Presidentes do Supremo Tribunal insistem em declarar. [...] O principal problema dos tribunais brasileiros e especialmente do Supremo Tribunal é a falta de deliberação, discussão e argumentos fortes de suas decisões, principalmente no que se refere à revisão judicial. Eu reconheço que as mudanças produzidas por esse processo tecnológico em curso, de modernização dos procedimentos do Tribunal com a ajuda da informática, são notáveis. No entanto, todo esse aparato tecnológico não soluciona a falta de deliberação verdadeira e justificação forte no Tribunal, principalmente nos casos de revisão judicial. (CHUERI, 2011, tradução nossa).

As afirmações de Chueri (2011), posto que se refiram ao STF e ao controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, podem ser estendidas à Justiça e à jurisdição eleitorais. E, na medida em que fatores como velocidade e quantidade são comumente adotados como índices para medir a eficiência da instituição, as constatações compõem a situação-problema identificada por esta pesquisa.

Embora se invoque a eficiência para justificar a adoção de novos paradigmas de governança judicial, o contexto em que se insere a modernização das práticas judiciárias no Brasil é marcado pela ausência de reflexão acerca do significado daquele princípio. O tratamento dado no Direito Comparado a um marco simbólico dessa mudança, a implementação da urna eletrônica de votação, torna rumoroso esse silêncio.

Entre os países que suscitaram a adoção de um sistema eletrônico de captação e apuração de votos semelhante ao brasileiro, está a Alemanha. Lá, porém, a automatização eleitoral desencadeou uma discussão acerca da constitucionalidade do uso de tal tecnologia. Os debates persistiram até que, em 3 de março de 2009, a Corte Constitucional reconheceu que a publicidade dos atos de controle do processo de votação é um princípio do Estado alemão, e, em obediência a ele, proibiu a adoção do modelo automatizado (ANDRADE NETO, 2010):

O princípio da natureza pública das eleições, o qual emerge do art. 38 em conjunção com os arts. 20.1 e 20.2 da Lei Maior (*Grundgesetz – GG*) exige que todos os passos essenciais nas eleições estejam sujeitos a exame público, a menos que outros interesses constitucionais justifiquem uma exceção.

Quando as máquinas eletrônicas de votação estiverem preparadas para uso, deve ser possível aos cidadãos checar os passos essenciais no ato da votação e na apuração dos resultados, com segurança e sem o conhecimento especial de um perito. (ALEMANHA, 2009, tradução nossa).

O que aconteceria se idêntica demanda fosse submetida ao STF? O tribunal estaria autorizado a declarar a constitucionalidade das urnas eletrônicas sob o argumento de que elas realizam o princípio da eficiência, a despeito de supostamente violarem outros princípios igualmente constitucionais? A situação-problema de que se vale é parcialmente especulativa, mas não por isso menos importante⁵¹⁴.

O principal objetivo deste trabalho é problematizar a incidência do princípio da eficiência no Direito Eleitoral e a aplicação dessa norma pelos juízes e demais órgãos eleitorais brasileiros. Parte-se da ideia de que, como a argumentação frequentemente pressupõe o princípio sem mencioná-lo expressamente, tal norma permanece fora da esfera de debate. Assim, mantém seu *status*, comumente irrefletido e raramente questionado, de fonte de argumentos jurídico-eleitorais, sem, no entanto, sujeitar-se à constante

⁵¹⁴ Não há registro de manifestação do STF acerca da constitucionalidade do sistema eletrônico de votação. Embora a Corte tenha-se manifestado inúmeras vezes sobre questões conexas, como a competência dos TREs para expedirem resoluções que vedam a utilização de simuladores de urna eletrônica como veículo de propaganda eleitoral (BRASIL, 2006a), aquele Tribunal nunca foi provocado a enfrentar argumentos acerca da conformidade (ou não) da urna eletrônica com a CRFB/88.

revisão que a aplicação do Direito impõe às premissas e aos conceitos de que se valem os juristas.

A investigação terá de responder inicialmente a duas perguntas: o que é eficiência e em que medida ela pode ser entendida como um princípio? Superadas tais questões, há que indagar: é o princípio da eficiência um princípio de Direito Eleitoral? E, finalmente: devem os juízes eleitorais aplicar o princípio da eficiência ao julgar?

Antecede a essas indagações uma noção pressuposta pela pesquisa: a de que a Justiça Eleitoral acumula funções que não são típicas do Poder Judiciário. Além de exercer a jurisdição, cabe aos órgãos eleitorais desempenharem tarefas tipicamente executivas, que vão da manutenção do cadastro de eleitores à elaboração de instruções para cumprimento da legislação eleitoral (ANDRADE NETO, 2009; GOMES, 2009; RIBEIRO, 2000). Entende-se que essas atividades são administrativas, como o são todas aquelas sujeitas ao regime jurídico-administrativo, conforme afirmado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010).

Já no que se refere ao conceito de princípio, uma vez que diferentes autores atribuem-lhe, cada um, um significado próprio⁵¹⁵, faz-se necessário apontar qual perspectiva se adota nesta pesquisa. Para os fins aqui propostos, entende-se o termo no sentido apresentado por Ronald Dworkin (2005, 2007a, 2007b)⁵¹⁶.

Advirta-se que, a fim de tornar mais clara a argumentação, referir-se-á à expressão “juízes eleitorais” no sentido mais amplo de autoridades investidas no papel de membros da Justiça Eleitoral e/ou autorizadas a julgar

⁵¹⁵ Para uma visão abrangente acerca dos diversos sentidos jurídicos atribuídos aos princípios, ver Paulo Bonavides (2008, p. 255-295) e Humberto Ávila (2005).

⁵¹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 53-54), na análise dos princípios que integram o regime jurídico-administrativo, adverte que não parte de uma noção de princípio coincidente com a de Dworkin. Como, porém, neste trabalho, não se problematiza o conjunto de normas que compõem o Direito Administrativo brasileiro, entende-se não haver incoerência em adotar como marco teórico a concepção de princípio do mencionado jurista anglófono associada à premissa, retirada da obra de Mello (2010), de que administrativa é a função estatal subordinada a um regime normativo específico. Ressalte-se, ademais, que, embora o sistema teórico de Mello (2010) não decorra dos conceitos de Dworkin (2005, 2007a, 2007b), aquele não é com estes incompatível.

matéria eleitoral. Nessa condição, ela abrange não apenas os juízes eleitorais propriamente ditos, mas também os juízes membros dos TREs, os ministros do TSE e os ministros do STF – no caso destes, quando se manifestam sobre questão afeita ao Direito Eleitoral.

Ao fim, demonstrado que, a partir da última década do século XX, a eficiência foi elevada a princípio, meio e fim da governança eleitoral brasileira e tem sido indistintamente aplicada pelos intérpretes, sem considerações acerca de se se trata de uma meta política ou um princípio jurídico – e, neste caso, fundamento juridicamente válido e aplicável no Direito Eleitoral –, pretende-se propor critérios a serem observados pelos juízes eleitorais na concretização da eficiência.

Ressalte-se que, apesar das possíveis repercussões do tema no Direito Processual Eleitoral, o foco desta monografia é o Direito Eleitoral material. Aquele ramo jurídico se submete ao princípio da celeridade e, por isso, sofreu o impacto direto da EC 45/2004 (BRASIL, 2004a), que incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º da CRFB/88: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação [...]” (BRASIL, 1988). Embora a exigência de celeridade possa ser encarada como uma decorrência do princípio mais amplo da eficiência, a extensão dos resultados desta pesquisa àquele ramo do conhecimento jurídico exige estudos específicos, voltados para tal fim.⁵¹⁷

2 É a eficiência um princípio jurídico?

Alterado em 1998 pela EC 19 (BRASIL, 1998), o *caput* do art. 37 da CRFB/88 estabelece desde então que: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* [...]” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

⁵¹⁷ Sobre os problemas do apelo à celeridade como justificativa para limitar o direito de acesso à Justiça, ver Roberta Maia Gresta (2011).

Entretanto, antes mesmo da aprovação da emenda, a jurisprudência brasileira, notadamente a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconhecia a eficiência como critério para avaliação de servidores públicos (BRASIL, 1994) e princípio jurídico implícito, a ser observado pela Administração Pública como um todo: “A Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (const., art. 37). Outros também se evidenciam na Carta Política. Dentre eles, o principio da eficiência.” (BRASIL, 1996).

Após a alteração do texto constitucional, a eficiência foi tratada como princípio também pela Lei 9.784/1999, cujo art. 2º prevê: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e *eficiência*.” (BRASIL, 1999, grifo nosso).

Verifica-se, porém, que a EC 19/1998 (BRASIL, 1998) não estabelece uma concepção para o princípio da eficiência, que também não encontra definição na jurisprudência e na legislação posteriormente publicada sobre o tema⁵¹⁸. A proposta da Presidência da República que desencadeou a reforma constitucional propunha um significado para o termo: “[...] a melhoria da eficiência significa que o Estado será capaz de gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os mesmos recursos disponíveis [...]” (SECRETARIA..., 1995). Contudo, tal descrição não

⁵¹⁸ O uso do termo “concepção” não é acidental. Obedece ao sentido dado a ele por Dworkin (2007a), que o distingue de “conceito”. Como explica Andrade Neto (2010, p. 27-29), “Para diferenciar as expressões, o autor [Dworkin] parte da imagem de uma árvore. ‘Em termos gerais, as pessoas concordam com as proposições mais genéricas e abstratas [...] que formam o tronco da árvore, mas divergem quanto aos refinamentos mais concretos ou as subinterpretações dessas proposições abstratas, quanto aos galhos da árvore.’ (DWORKIN, 2007a, p. 86). Um conceito equivaleria ao tronco da planta. Ele funciona [...] tanto nos debates públicos quanto nas reflexões privadas, como uma espécie de patamar sobre o qual se formariam novos pensamentos e debates.’ (DWORKIN, 2007a, p. 87). Alguém que negue algum aspecto constitutivo desse tronco comum se coloca [...] à margem do discurso útil, ou pelo menos habitual sobre a instituição.’ (DWORKIN, 2007a, p. 87). É possível, no entanto, partir do patamar compartilhado para propor uma interpretação da árvore como um todo diversa de outras interpretações anteriores. Nesse caso, trata-se de uma concepção, que Dworkin (2007a) associa à imagem de um galho. Portanto, ‘O contraste entre conceito e concepção é aqui um contraste entre níveis de abstração nos quais se pode estudar a interpretação da prática. No primeiro nível, o acordo tem por base idéias distintas que são incontestavelmente utilizadas em todas as interpretações; no segundo, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e assumida.’ (DWORKIN, 2007a, p. 87).”

foi positivada e não há na legislação federal definição autêntica para o conceito⁵¹⁹.

O constituinte reformador acrescentou a palavra eficiência ao *caput* do art. 37 da CRFB/88 e, ao fazê-lo, demarcou apenas “[...] uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas [...]” (BARCELOS; BARROSO, 2008, p. 332). É na doutrina que se encontram interpretações para o princípio⁵²⁰.

Para Alexandre de Moraes (2008, p. 326), a eficiência impõe aos agentes públicos a persecução eficaz do bem comum, “[...] sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a maior utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.” (MORAES, 2008, p. 326). Acrescenta o autor que: “O administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado [...]” (MORAES, 2008, p. 326).

Já Moreira Neto (2008, p. 103) entende que a eficiência “[...] consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para

⁵¹⁹ A interpretação autêntica, segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 122-123), ocorre quando “[...] se edita uma norma interpretativa de outra existente [...]”. A essa definição, o autor soma a exigência de que a regra interpretativa tenha sido emanada: “[...] do próprio órgão que elaborou o ato cujo sentido e alcance ela declara [...]” (BARROSO, 2009, p. 122). Finalmente, partindo dessas premissas, Barroso (2009, p. 123) observa, acerca da possibilidade da interpretação autêntica dos dispositivos constitucionais, que: “A maior parte da doutrina, tanto brasileira como portuguesa, admite a interpretação constitucional autêntica, desde que se faça pelo órgão constitucional competente para a reforma constitucional, com observância do mesmo procedimento desta.”

Observe-se que o sentido atribuído nesta monografia à expressão “interpretação autêntica” é mais amplo que o do mencionado professor, na medida em que inclui a possibilidade de uma lei oferecer uma interpretação autêntica à CRFB/88. Embora não se desconheça os motivos pelos quais a doutrina majoritariamente rejeita essa hipótese, cumpre reconhecer que os tribunais brasileiros frequentemente interpretam o texto constitucional a partir do sentido que lhe atribuem as leis.

⁵²⁰ A ideia do “[...] Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação [...]” é kelseniana (KELSEN, 2009, p. 390). Esta pesquisa está de acordo com a premissa de que a interpretação de uma lei não conduz necessariamente a uma única solução, mas não com a afirmação que Kelsen (2009, p. 390-391, grifo nosso) entende decorrer dela: não há uma única solução correta, mas várias soluções que “[...] têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito [...]”. A monografia adota a tese da resposta correta, de Dworkin (1986), segundo a qual, do fato de haver várias leituras possíveis não decorre a conclusão de que inexistem a melhor interpretação dos princípios e regras que compõem o Direito.

efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes [...]”. O jurista aclama o novo paradigma de Direito Público que se construiu em torno desse princípio, “[...] na medida em que, com isso, se iria reduzindo paulatinamente, como resultado da informação, a velha, desconcertante, inexplicável, mas dócil *tolerância cultural com a ineficiência do setor público* [...]” (MOREIRA NETO, 2008, p. 109, grifo do autor).

Todavia, nem todos os doutrinadores se mostraram tão receptivos à alteração da redação do *caput* do art. 37 da CRFB/88 (BRASIL, 1988). Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2007),

[...] não há nada a dizer sobre ele [o princípio da eficiência]. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. (MELLO, 2007, p. 117-118).

É José Afonso da Silva (2008), no entanto, quem expõe as mais sérias preocupações acerca da integração do novo princípio no sistema constitucional vigente. A principal objeção apontada pelo professor é: “Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades.” (SILVA, 2008, p. 671). Para ele, decorrem dessa proposição três dificuldades. A primeira é:

[...] transpor para a atividade administrativa uma noção típica da atividade econômica, que leva em conta a relação *input/output* (insumo/produto), o que, no mais das vezes, não é possível aferir na prestação do serviço público, onde nem sempre há um *output* (produto) identificável, nem existe *input* no sentido econômico. (SILVA, 2008, p. 671).

O segundo obstáculo diz respeito ao fato de que a eficiência econômica consiste em “[...] aumentar o bem-estar de pelo menos um consumidor sem diminuir, simultaneamente, o de outros [...]” (SILVA, 2008, p. 671), mas essa concepção é incompatível com o regime público, no qual: “[...] vale o princípio da não-exclusão, isto é, o consumo da parte de um agente econômico não exclui a possibilidade de que outros consumam contemporaneamente o mesmo bem [...]” (SILVA, 2008, p. 671).

O terceiro problema é: “[...] enquanto no caso dos bens privados cada um consome diversas quantidades ao mesmo preço, no caso dos bens públicos (p. ex., a defesa nacional), todos consomem a mesma quantidade atribuindo-lhes valores diferentes [...]” (SILVA, 2008, p. 671).

Apesar das ressalvas, os dois últimos autores oferecem concepções consistentes para o princípio. Silva (2008, p. 671) percebe que a ideia comum de eficiência “[...] tem como conteúdo a relação meios e resultados [...]” e é regida “[...] pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível [...]” (SILVA, 2008, p. 671). Para ele, o conceito se relaciona a “[...] fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado.” (SILVA, 2008, p. 671). Transpondo essa noção para a Administração Pública, o jurista conclui que: “[...] a eficiência administrativa se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade de usuários.” (SILVA, 2008, p. 671-672).

Já Mello (2010, p. 122-123) observa que: “[...] eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: ‘o princípio da boa administração.’” O autor explica que a norma impõe ao administrador a escolha dos meios mais oportunos e da mais adequada ocasião de utilizá-los, tendo em vista os fins a serem alcançados. O administrativista adverte, porém, que: “[...] tal princípio não pode ser compreendido [...] senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência [...]” (MELLO, 2010, p. 122).

Portanto, da concepção de Silva (2008) extrai-se a noção de eficiência como uma exigência instrumental, que impõe a escolha dos métodos menos onerosos para a consecução de determinado fim; da de Mello (2010), a ideia de uma exigência fraca, que cede diante de demandas mais fortes, como a

legalidade. Mas permanece em aberto em que medida se está autorizado a tratar tal exigência como um princípio.

São conhecidas as afirmações de Dworkin (2007b) de que os princípios fazem parte do Direito, embora não sejam produto de decisões deliberadas do legislador constituinte ou ordinário, nem se submetam a testes formais de vigência e validade.

Para o autor, tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas. Embora as duas espécies normativas se diferenciem devido a peculiaridades da estrutura lógica de cada uma, ambas são padrões jurídicos e, portanto, devem ser tratadas como fontes de direitos e deveres – “[...] da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 46) –, pois “[...] alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas.” (DWORKIN, 2007b, p. 47).

Assim, apesar de um princípio não estabelecer “[...] condições que tornem sua aplicação necessária [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 41) – como fazem as regras –, e, em virtude disso, depender de uma decisão particular que o aplique, ele necessariamente “[...] enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 41).

Tal distinção entre a natureza de regras e princípios é amplamente difundida, e, nas palavras de Barcellos e Barroso (2008), passou a constituir “[...] o conhecimento convencional na matéria [...]” (BARCELLOS; BARROSO, 2008, p. 338), juntamente com a teoria de Alexy (2008) sobre os mesmos conceitos. Outra importante classificação proposta por Dworkin (2007b), porém, é frequentemente ignorada pela maior parte dos teóricos.

Segundo o jurista norte-americano, existem pelo menos dois tipos de princípios (em sentido amplo): os princípios em sentido estrito e as políticas⁵²¹. Estas estabelecem metas coletivas a alcançar, sejam tais metas

⁵²¹ Grande parte das observações sobre políticas e princípios em sentido estrito, nesta página e nas seguintes, podem ser encontradas com mais detalhes em Andrade Neto (2010).

positivas – “[...] uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 36) –, sejam elas negativas – “[...] pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 36). Já os princípios em sentido estrito são padrões a serem observados, não porque promovem ou asseguram situações sociais desejáveis, mas por constituírem exigências: “[...] de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 36).

Cada uma dessas espécies de padrões públicos de decisão exige argumentos políticos de natureza diversa, conforme se trate de princípios em sentido estrito ou políticas. Na medida em que os princípios em sentido estrito são proposições jurídicas que descrevem direitos e deveres individuais, um argumento de princípio se destina a estabelecê-los. Demanda que, a despeito dos interesses da coletividade, os indivíduos afetados pelas decisões sejam respeitados. Em sentido oposto, um argumento de política se vincula a objetivos sociais e, sem considerações pessoais específicas, exige: “[...] que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público [...]” (DWORKIN, 2005, p. 6). As políticas, afinal, constituem proposições relacionadas a metas. Naturalmente, então, os argumentos que as têm por base visam a definir e implementar objetivos coletivos e políticas públicas⁵²². (DWORKIN, 2005).

Na condição de razões em favor da efetivação das subespécies do gênero princípios (em sentido amplo), tanto os argumentos de princípio quanto os de política são justificativas para decisões de instâncias estatais. Os primeiros, porém, justificam-nas quando apelam à justiça e demonstram que a manifestação do Estado naquele caso “[...] respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 129). Já os segundos devem demonstrar a utilidade, a eficácia ou a adequação de uma

⁵²² Para afastar ambiguidades, é importante destacar que, quando Dworkin (2005) usa o termo *políticas* (*policies*) para nomear uma das espécies de princípios em sentido amplo, ele não se refere à esfera político-partidária. Em inglês, este sentido seria mais bem alcançado com o uso do termo *politic*. O que o autor pretende designar com *políticas* são as metas coletivas e os argumentos em prol de políticas públicas. Nesse sentido, o conceito não se restringe à atividade legislativa, mas alcança também o exercício da função administrativa, como se verá adiante.

decisão que fomente estratégias ou proteja posições a serem alcançadas pela comunidade como um todo. (DWORKIN, 2007b).

Noutras palavras, os “Argumentos de política recorrem a metas para justificar decisões que pretendem favorecer a coletividade.” (ANDRADE NETO, 2010, p. 158). Eles apoiam o exercício da coerção estatal necessária: “[...] para alcançar algum objetivo político geral, isto é, para realizar algum estado de coisas no qual a comunidade como um todo, e não apenas determinados indivíduos, estará em melhor situação em virtude da restrição.” (DWORKIN, 2007b, p. 422).

Partindo dos conceitos de Dworkin (2007b), Andrade Neto (2010) explica que:

Os argumentos de princípio, ao contrário [dos argumentos de política], baseiam-se em direitos. Justificam uma decisão política por meio do apelo à ideia de que ela os protege ou faz cumprir. Para efetivá-los [os direitos], [os argumentos de princípio] propõem que certos programas sejam executados ou abandonados, independentemente dos impactos comunitários. Interessam-se pelas consequências dos objetivos coletivos sobre pessoas específicas, pois um direito conta em si a favor de uma decisão política que protege ou promove o estado de coisas que permite ao indivíduo fruí-lo. Trata-se de um objetivo político individuado, oponível a metas políticas, sempre coletivas. (ANDRADE NETO, 2010, p. 158-159).

Feitas essas considerações, no que interessa a esta pesquisa, cumpre retomara análise da natureza jurídica da eficiência. Se a concepção decorrente da doutrina de Silva (2008) e Mello (2010) é a que, no sistema jurídico brasileiro, melhor define a eficiência – uma exigência instrumental fraca, que impõe a adoção dos métodos menos onerosos para a consecução de determinado fim, mas cede diante de princípios fortes, como a legalidade –, é forçoso o reconhecimento de que ela constitui um princípio somente em sentido amplo. Por dizer respeito a uma meta coletiva – a obtenção do maior benefício possível com os menores ônus para a coletividade, o que determina a escolha dos meios em função dos resultados –, ela seria mais adequadamente qualificada, em sentido estrito, como uma política.

Nesses termos, revestem-se de especial importância as ressalvas de Silva (2008) e Mello (2010), expostas no início desta seção, acerca da

dificuldade de integração do princípio da eficiência no regime jurídico-administrativo do país. A despeito da redação do *caput* do art. 37 da CRFB/88 (BRASIL, 1988), seria um erro tratá-la como um princípio jurídico em sentido estrito. Essa conclusão provisória, a ser testada na seção seguinte, permite compreender a advertência de Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1998):

[...] eficiência, ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido – salvo se deixou de ser em recente gestão pública – finalidade da mesma Administração Pública. Nada é eficiente por princípio, mas por consequência [...]. (LOPES, 1998, p. 108).

3 É a eficiência um princípio de Direito Eleitoral?

Ao distinguir os argumentos de princípio dos de política, Dworkin (2005) enfatiza que, enquanto os princípios em sentido estrito são elementos constitutivos da moralidade política valorizados por si mesmos, as políticas (*policies*) são derivadas, valorizadas como estratégias, como meios para alcançar posições constitutivas. Nesses termos, considerando que a eficiência é uma exigência instrumental, porque diz respeito ao modo como as atividades estatais devem ser exercidas, não aos fins que se deve alcançar com elas, seria mais adequado considerá-la uma meta política, não um princípio em sentido estrito.

Ocorre, porém, que a própria CRFB/88, no art. 37, *caput*, afirma ser ela um princípio – “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos *princípios* de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* [...]” (BRASIL, 1988, grifo nosso) –, o que gera algumas dificuldades teóricas.

Um argumento a considerar é que, ao tratar a eficiência como um dos princípios a que a Administração Pública deve observância, o *caput* do art. 37 da CRFB/88 (BRASIL, 1988) fez uso do termo “princípio” em sentido amplo, de modo a abranger tanto políticas quanto princípios em sentido estrito. Essa interpretação é razoável e vantajosa. É razoável porque não há no texto

constitucional uma uniformidade no uso da palavra: “[...] muitas vezes a Constituição se refere a ‘princípio’, quando na verdade está significando uma verdadeira finalidade [...]” (BARROSO, 2009, p. 160). E é vantajosa porque afasta a hipótese de erro de redação constitucional e permite integrar a meta da eficiência ao sistema de padrões jurídico-administrativos composto pelos demais princípios mencionados no mesmo dispositivo constitucional – a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade (BRASIL, 1988) –, estes, sim, tratados como princípios em sentido estrito pela quase totalidade da doutrina⁵²³.

Luís Roberto Barroso (2009), por exemplo, ao listar os princípios setoriais da Administração Pública no sistema constitucional brasileiro, menciona a legalidade administrativa, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, o concurso público e a prestação de contas, mas não a eficiência. O autor denomina “setoriais ou especiais” os princípios “[...] que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição [...]” (BARROSO, 2009, p. 160) e “[...] que se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos [...]” (BARROSO, 2009, p. 160).

A questão de saber se a eficiência constitui, no sistema jurídico brasileiro, um princípio em sentido estrito (como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade) ou uma política não é meramente teórica nem especulativa. Da classificação de Dworkin (2007b), decorre uma importante conclusão, que traz implicações diretas para o problema da força atribuída ao discurso da eficiência pelos juízes eleitorais. Enquanto os órgãos estatais encarregados da legislação e da administração devem levar em conta os argumentos de política no desempenho, respectivamente, das funções legislativa e administrativa, os órgãos judiciais devem apelar essencialmente aos argumentos de princípio ao exercerem a jurisdição.

A afirmação de Dworkin (2007b, p. 130) de que cabe ao “[...] poder legislativo aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por

⁵²³ Ver, sobre os princípios constitucionais da Administração Pública – legalidade (ou juridicidade administrativa), impessoalidade, moralidade e publicidade –, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994).

tais argumentos [...]” pode ser coerentemente estendida à Administração Pública. As leis, que instituem direitos e deveres, e os atos administrativos (decretos, resoluções, portarias etc.), que as regulamentam e executam, são instituídos por questões de política – considerações acerca das melhores estratégias e programas de ação coletiva –, seja sob o argumento de que resultam da vontade da maioria – no primeiro caso –, seja sob o de que atendem ao interesse público – no segundo (DWORKIN, 2007b).

O conceito de interesse público é essencial para o Direito Administrativo, que executa metas coletivas a fim de promover o bem-estar da sociedade. Segundo autores como Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 56), “Todo o sistema de Direito Administrativo [...] se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.” Já para Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 111), “É, pois, a legitimidade do interesse público, genericamente posto no sistema normativo e concretamente buscado em cada comportamento administrativo, que fundamenta a validade do cometimento público.”

Tal posição nuclear do interesse público em relação à função administrativa se sustenta, no que se refere à União, em uma disposição legal específica. O inciso VI do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999 estabelece que os processos administrativos devem observar, entre outros critérios, a “[...] adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público [...]” (BRASIL, 1999).

Diversa é a situação dos juízes no exercício da jurisdição. Eles devem fundamentar as decisões jurisdicionais em regras jurídicas e princípios em sentido estrito, “[...] mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 131). Não obstante o objetivo coletivo permaneça na origem da legislação e dos atos administrativos, a pretensão ajuizada pelo indivíduo interessado na aplicação deles é uma reivindicação de direito. Como tal, deve-se apoiar em argumentos de princípio.

Para Dworkin (2005, p. 113), o Poder Judiciário não está autorizado a decidir questões jurisdicionais com base em argumentos puros de política: “[...] a prestação jurisdicional substantiva no Direito é uma questão de princípio [...]” Interpretar o repertório de legislação, jurisprudência e atos administrativos “[...] significa oferecer-lhe uma justificativa [...]” (DWORKIN, 2005, p. 132). Tal processo se vale, “[...] embora não seja idêntico a ela, da citação de princípios que se consideram, de maneira independente, moralmente corretos [...]” (DWORKIN, 2005, p. 132).

Estabelecida a relação entre Administração Pública e metas políticas, e entre jurisdição e princípios em sentido estrito, a compreensão do papel da eficiência no sistema judiciário não deveria oferecer maiores dificuldades. Observa-se, porém, que, embora as funções administrativa e jurisdicional sejam típicas de cada conjunto de órgãos estatais que se denomina Poder, respectivamente, Executivo e Judiciário, nenhuma delas é exercida com exclusividade. Além das atividades consideradas típicas, que atendem à finalidade precípua de cada organização estatal, outras são desempenhadas de maneira assessoria ou atípica.

Há consenso quanto ao fato de a função de julgar ser essencial ao Poder Judiciário, por dizer respeito aos fins da instituição. Tal afirmação é feita por diversos autores. Citam-se aqui: Silva (2008, p. 553, grifo do autor), “[...] os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama *função jurisdicional* ou simplesmente *jurisdição* [...]”; e Andrade Neto (2010, p. 89), “Compete essencialmente aos juízes aplicar a jurisdição aos casos concretos a eles submetidos, mediante provocação dos legitimados.”

Ademais, é sabido que, “[...] de fora proceder a julgamentos, como é de sua específica atribuição [...]” (MELLO, 2010, p. 33), o Poder Judiciário pratica também atos administrativos. Como explica Pontes de Miranda (1947):

[...] não há poder Judiciário *a priori*, nem funções que tenham de pertencer, *a priori*, ao Poder Judiciário. [...] Na distribuição das competências dos Estados, cabe-lhes um bloco de poderes, que cada um deles reparte segundo a inspiração do seu círculo de cultura, isto é, segundo o que

lhe parece melhor do seu tempo e em tórno. Poder Judiciário é apenas aquele poder que foi separado dos outros (nem sempre *independente*) e no qual se concentrou maior quantidade de funções de julgamento, por aplicação de leis. (MIRANDA, 1947, p. 156, grifo do autor).

Tradicionalmente, em razão da prioridade da jurisdição, a função judicial administrava é considerada atípica e serve de meio à realização do fim institucional desse poder:

[...] tanto Legislativo quanto Judiciário, como Executivo, exerceriam as três funções estatais: de modo normal e típico aquela que lhes corresponde primacialmente – respectivamente, legislar, julgar e administrar – e, em caráter menos comum [...], funções, em princípio, pertinentes a outros órgãos do Poder. À vista disto, jamais se poderia depreender, com segurança, se uma atividade é legislativa, administrativa ou jurisdicional pelo só fato de provir do corpo Legislativo, executivo ou judiciário [...]. (MELLO, 2010, p. 34).

Entre as hipóteses comumente lembradas pela doutrina de exercício atípico da função administrativa pelo Poder Judiciário, encontra-se a alínea “f” do inciso I do art. 96 da CRFB/88, que dispõe competir aos tribunais: “[...] conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados [...]” (BRASIL, 1988). Autores como Silva (2008) e Moraes (2008) apontam que o ato de concessão de licença, afastamento e férias dos servidores, juízes, desembargadores e ministros é infralegal, implica a mera execução de uma lei, e, por sê-lo, submete-se ao controle da legalidade estrita. Constitui, portanto, um exemplo do regular exercício judicial da administração.

Todavia, algumas atividades administrativas desempenhadas pelos juízes eleitorais não são meramente acessórias nem servem de meio para o exercício da jurisdição. Pela classificação tradicional, não seriam, portanto, atípicas.

Nos termos dos incisos VII, VIII, IX e XVIII do art. 23 do Código Eleitoral (CE), compete privativamente ao TSE, respectivamente: “[...] fixar as datas para as eleições de Presidente e Vice-Presidente da República, senadores e deputados federais, quando não o tiverem sido por lei [...]”; “[...] aprovar a

divisão dos Estados em zonas eleitorais ou a criação de novas zonas [...]”; “[...] expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código [...]”; e “[...] tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral [...]” (BRASIL, 1965).

Similarmente, de acordo com os incisos IV, V, VI, VII, IX, XVIII e XIX do art. 30 do CE, é competência privativa dos TREs, respectivamente: “[...] fixar a data das eleições de Governador e Vice-Governador, deputados estaduais, prefeitos, vice-prefeitos, vereadores e juizes de paz, quando não determinada por disposição constitucional ou legal [...]”; “[...] constituir as juntas eleitorais e designar a respectiva sede e jurisdição [...]”; “[...] indicar ao Tribunal Superior as zonas eleitorais ou seções em que a contagem dos votos deva ser feita pela mesa receptora [...]”; “[...] apurar com os resultados parciais enviados pelas juntas eleitorais, os resultados finais das eleições de Governador e Vice-Governador, de membros do Congresso Nacional, e expedir os respectivos diplomas, remetendo dentro do prazo de 10 (dez) dias após a diplomação, ao Tribunal Superior, cópia das atas de seus trabalhos [...]”; “[...] dividir a respectiva circunscrição em zonas eleitorais, submetendo essa divisão, assim como a criação de novas zonas, à aprovação do Tribunal Superior [...]”; “[...] organizar o fichário dos eleitores do Estado [...]”; e “[...] suprimir os mapas parciais de apuração mandando utilizar apenas os boletins e os mapas totalizadores, desde que o menor número de candidatos às eleições proporcionais justifique a supressão [...]” (BRASIL, 1965).

Não é difícil constatar que nenhuma dessas atribuições arroladas nos arts. 23 e 30 do CE é jurisdicional. Quando expede títulos eleitorais, cadastra eleitores, altera o domicílio em caso de transferência, fixa o lugar de funcionamento das zonas eleitorais, designa locais de votação, nomeia pessoas para compor a mesa receptora e fiscaliza a propaganda dos candidatos (GOMES, 2009, p. 56), a Justiça Eleitoral desempenha funções que, embora administrativas, lhe são típicas:

[...] a condução do processo eleitoral é atividade predominantemente administrativa confiada ao corpo de juizes eleitorais. Abrange poderes de execução dos comandos legais, praticados na organização das eleições.

As ações a serem realizadas pela instituição de controle na condução desse processo encontram autorização jurídica, quer listada expressamente na legislação, quer inserida na hipótese aberta do inciso XVIII do art. 23 do CE. Em ambos os casos, os atos praticados subsumem-se perfeitamente à definição de administração [...]. São notoriamente infralegais e, por isso, submetem-se ao controle da legalidade – exercido, no caso, pela própria Justiça Eleitoral. (ANDRADE NETO, 2010, p. 95).

Fávila Ribeiro (1997, p. 138-145, 1990, p. 109-133) aponta serem ainda competências administrativas precípua da Justiça Eleitoral: o registro e a fiscalização das atividades financeiras dos partidos políticos; o fornecimento de transporte a eleitores das áreas rurais, em dia de eleição; a audiência plebiscitária; a diplomação dos eleitos; e a preparação da votação e a manutenção de sua normalidade.

Quanto às competências tipicamente jurisdicionais, elas se resumem ao processo e ao julgamento: dos crimes eleitorais e dos que lhes são conexos; dos *habeas corpus* e dos mandados de segurança em matéria eleitoral; das arguições de inelegibilidade; das ações e recursos para cassação do registro ou do diploma; das impugnações do mandato eletivo (AIMEs); das ações de investigação judicial eleitoral (AIJEs); das representações pela realização de propaganda eleitoral ilícita; das impugnações de transferências eleitorais; e das reclamações motivadas pelas obrigações impostas por lei aos candidatos (GOMES, 2009, p. 57-58; RIBEIRO, 1997, p. 138-145).

Essa sucinta enumeração dos poderes-deveres dos juízes eleitorais deliberadamente ignora o debate e a controvérsia acerca da natureza de algumas dessas atribuições. A verdade é que as competências jurisdicionais e administrativas da instituição “[...] se apresentam como um conglomerado indiviso, mesclando todo o gênero de atividades, sem prenunciar qualquer critério diferenciador [...]” (RIBEIRO, 1990, p. 110).

Andrade Neto (2010) traça o panorama histórico das peculiaridades funcionais dessa Justiça especializada:

Desde sua criação, em 1932, pelo Decreto n. 21.076, a Justiça Eleitoral foi autorizada a exercer o controle da legitimidade das eleições. Para tanto, faz uso de funções judiciais típicas e atípicas. Já na Constituição

de 1934, atribuíram-se ao órgão competências de diferentes espécies, adjudicativas e administrativas, normativas ou meramente executivas (BRASIL, 1934). O Código Eleitoral de 1965, ainda vigente, aumentou consideravelmente o rol de atribuições dos Tribunais Eleitorais (BRASIL, 1965). A CRF/88 recepcionou tal norma, conferindo a ela *status* de lei complementar, e estimulou a ampliação das competências da instituição por via legislativa. Eis que em 1990 se promulgou a Lei das Inexigibilidades (BRASIL. Lei Complementar..., 1990), em 1995 a LOPP (Brasil, 1995), e em 1997 a Lei das Eleições (Brasil. Lei n. 9.504, 1997).

[...] Além da adjudicação do contencioso eleitoral, às cortes eleitorais competem a condução do próprio processo eletivo, a regulamentação das leis que o regem [...]. Nenhuma dessas funções, porém, foi-lhes conferida recentemente. Todas elas já se encontravam previstas no CE vigente desde a publicação. Datam, portanto, pelo menos da década de 1960. (ANDRADE NETO, 2010, p. 172).

Fávila Ribeiro (1990) acrescenta que:

[...] para aumentar o nível da preocupação do analista, não se poderá valer da discriminação de teor orgânico, dado que na situação em exame todas as competências pertencem a um dos ramos da instituição judiciária brasileira, necessitando assim que as diferenciações se estabeleçam tomando por base os dois outros aspectos formal e substancial. (RIBEIRO, 1990, p. 112).

A multiplicidade das atribuições conferidas à Justiça Eleitoral demonstra ser frágil a distinção entre funções típicas e atípicas baseada na finalidade de cada instituição. Afinal, “A juízes e Tribunais eleitorais competem tanto funções consideradas típicas quanto atípicas do Poder Judiciário como um todo [...]” (ANDRADE NETO, 2010, p. 91), e “[...] não se pode afirmar, sem prejuízo de desconsiderar as singularidades do órgão, que certas atuações administrativas em sentido estrito sejam instrumentais nem que as normativas (administrativas em sentido amplo) sejam pouco frequentes [...]” (ANDRADE NETO, 2010, p. 91). Os juízes eleitorais detêm autorização constitucional e legislativa para exercer, além da jurisdição, funções executivas, “[...] não como meio para a realização de poderes típicos, nem excepcionalmente, mas precipuamente [...]” (ANDRADE NETO, 2010, p. 91).

Uma vez demonstrada a natureza administrativa de algumas atividades eleitorais, cumpre retomar a conclusão provisória exposta na seção anterior – de que a eficiência é uma meta política que impõe ao administrador o uso dos

meios menos onerosos para a obtenção de determinados fins – e a relação, derivada por extensão da obra de Dworkin (2005), entre metas políticas e Administração Pública.

Ao cuidar do alistamento; do cadastro eleitoral; da expedição de títulos; da fixação da data das eleições; da divisão eleitoral do país; da composição da mesa receptora; da fiscalização da propaganda; do registro e da fiscalização dos partidos políticos; do fornecimento de transporte a eleitores; da organização de plebiscitos e referendos; e da designação do lugar de funcionamento das zonas eleitorais e dos locais de votação, a Justiça Eleitoral desempenha funções tipicamente administrativas. Na medida em que o faz, submete-se aos princípios constitucionais aos quais deve observância a Administração Pública como um todo. Entre esses princípios em sentido amplo, desempenha especial papel a eficiência.

A eficiência constitui, de acordo com o que se expôs até aqui, uma política – e não um princípio em sentido estrito –, uma meta coletiva – e não um direito individual. Tratada como um princípio em sentido amplo aplicável também ao Direito Eleitoral, ela traduz a exigência de que, no exercício da função administrativo-eleitoral, os juízes e o corpo de servidores da Justiça Eleitoral escolham os meios mais oportunos (e a mais adequada ocasião de utilizá-los), tendo em vista os fins a serem alcançados pela instituição. Nessa concepção, permanece em aberto, no entanto, quais seriam tais finalidades.

A identificação dos objetivos a serem buscados pela Justiça Eleitoral no exercício de suas funções administrativas assume especial relevo se considerado o papel meramente instrumental da meta política da eficiência. Uma vez que, de acordo com Dworkin (2005), as políticas, diferentemente dos princípios em sentido estrito, não são valorizadas em si, senão como estratégias para alcançar posições constitutivas coletivas, apontar quais são essas posições implica determinar quando o apelo a uma meta é autorizado ou não.

Na condição de poder estatal no desempenho de atribuições administrativas, a Justiça Eleitoral se submete ao regime-jurídico próprio

da Administração Pública e aos fins a ele inerentes – especialmente aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Nesses termos, deve-se entender a afirmação de Mello (2010, p. 122) de que: “[...] tal princípio [da eficiência] não pode ser compreendido [...] senão na intimidade do princípio da legalidade [...]”. Afinal, na medida em que público é o interesse que decorre da legalidade – ou juridicidade, como prefere Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994) –, a eficiência é tão somente um meio de realizar este princípio.

O administrador não está autorizado a escolher meios menos onerosos para alcançar fins que não os estabelecidos pela melhor interpretação do que o Direito exige em cada caso.

Uma vez que as funções desempenhadas na realização das eleições não são puramente administrativas, mas administrativo-eleitorais, a instituição encarregada de realizá-las deve perseguir a finalidade que lhe foi precipuamente atribuída pelo § 9º do art. 14 da CRFB/88, a proteção da legitimidade das eleições:

§ 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. (BRASIL, 1988).

Logo, a eficiência, como princípio em sentido amplo do Direito Eleitoral, exige, das autoridades encarregadas do exercício das atribuições administrativo-eleitorais, a escolha dos meios menos onerosos entre os juridicamente autorizados para assegurar a legitimidade das eleições⁵²⁴.

4 Devem os juízes eleitorais aplicar o princípio da eficiência ao julgar?

Como visto, a meta política da eficiência impõe à Justiça Eleitoral o dever de, no desempenho das funções administrativo-eleitorais, escolher os meios menos onerosos entre aqueles que respeitam os princípios em sentido

⁵²⁴ Sobre a legitimidade das eleições como princípio nuclear do Direito Eleitoral, ver Andrade Neto (2010).

estrito da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, para garantir a legitimidade das eleições que está encarregada de organizar.

Mas, afinal, demonstrado o papel da eficiência como um princípio em sentido amplo, está excluída a possibilidade de ela desempenhar, no sistema jurídico-eleitoral brasileiro, a função de um princípio em sentido estrito?

A pergunta é pertinente porque, se até as diferenças de natureza lógica que separam as regras dos princípios podem ser obscurecidas (DWORKIN, 2007b), não há por que não admitir que um mesmo princípio em sentido amplo possa funcionar, de acordo com o contexto em que se insere, como uma meta política e um princípio em sentido estrito – o que, ressalte-se, não implica inexistirem diferenças entre a aplicação dele em uma situação ou em outra.

Apesar de propor a separação entre políticas e princípios em sentido estrito, Dworkin (2007b, p. 36) reconhece que: “A distinção [entre eles] pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de um objetivo social [...] ou interpretarmos uma política como expressando um princípio [...]”.

Fato é que, a despeito das controvérsias doutrinárias acerca da possibilidade de a eficiência assumir também a natureza de um princípio em sentido estrito no Direito brasileiro (BARROSO, 2009; MELLO, 2010; SILVA, 2008), advém da análise da jurisprudência eleitoral relativa à matéria uma resposta afirmativa. Averiguando os julgados do STF e do TSE, encontram-se acórdãos e decisões monocráticas que apelam à eficiência como um fundamento para o exercício jurisdicional e fazem derivar dela direitos e deveres individuais, tal qual ocorre com os princípios em sentido estrito.

Na previamente mencionada ADI 4.467 (BRASIL, 2011), o STF se baseou na natureza normativa da eficiência para decidir uma questão administrativo-eleitoral. O acórdão proferido no caso declarou a inconstitucionalidade da interpretação que entendia decorrer do recém-introduzido art. 91-A da Lei 9.504/1997 (BRASIL, 1997) a exigência de que, para votar, o eleitor comparecesse ao local de votação munido de um documento oficial de

identidade e do título de eleitor. Um dos argumentos alegados pela Corte para embasar a decisão foi a necessidade de homenagear a eficiência dos serviços eleitorais. (BRASIL, 2011).

No que se refere ao TSE, o Tribunal tem julgado com fundamento na eficiência questões como: a legalidade da remoção de um servidor da Justiça Eleitoral (BRASIL, 2010d) e o direito à nomeação de um candidato aprovado em um concurso público realizado por um Tribunal Regional Eleitoral (BRASIL, 2008c). O objeto desses julgados é constituído por matéria estritamente administrativa, mas o princípio também tem sido invocado para sustentar casos que se inserem no âmbito do Direito Eleitoral.

Ao decidir monocraticamente o Respe 33.806 (BRASIL, 2008b), por exemplo, o relator classificou como insanáveis as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) nas contas de um administrador municipal que pretendia registrar-se candidato. A decisão, pelo indeferimento do registro de candidatura do interessado, baseou-se na alínea “g” do § 1º do art. 1º da Lei Complementar (LC) 64/1990 (BRASIL, 1990), que, à época⁵²⁵, previa serem inelegíveis para qualquer cargo:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão; (BRASIL, 1990).

No caso, considerou-se que os vícios nas contas eram insanáveis porque o gestor público havia violado os princípios da legalidade e da eficiência ao dispor das verbas provenientes de um convênio firmado pelo município com a União:

⁵²⁵ Em 2010, a redação da alínea foi modificada pela LC 135/2010 (BRASIL, 2010a). O texto atual do dispositivo é o seguinte: “g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;” (BRASIL, 1990).

Com efeito, aceitar, no caso, que as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas da União são vícios meramente formais, sanáveis, portanto, é dar oportunidade à prática de condutas completamente à margem da lei e dos princípios constitucionalmente protegidos. Na verdade, o procedimento adotado pelo ora recorrido, regularmente desaprovado pelo órgão competente, violou frontalmente os princípios da legalidade e eficiência (art. 37, caput, da Constituição), uma vez que, ao dispor livremente dos recursos que lhe foram confiados, não atingiu os objetivos do convênio. (BRASIL, 2008b.)

Admitir, no entanto, que o princípio em sentido amplo da eficiência pode funcionar em algumas situações como um princípio em sentido estrito parece: 1) contrariar toda a argumentação desenvolvida até aqui e a constatação de que a eficiência constitui uma meta política; e 2) esvaziar o propósito desta pesquisa, uma vez que o principal objetivo da investigação é demonstrar que a eficiência tem sido indistintamente aplicada pelos intérpretes, sem considerações acerca de se se trata de uma meta política ou um princípio jurídico. Refutam-se, porém, as duas conclusões aparentes.

Primeiro, porque a definição da eficiência como uma meta política baseou-se na evidência de que a Justiça Eleitoral desempenha funções administrativas puras (por exemplo, ao nomear servidores aprovados em um concurso público) e administrativo-eleitorais (por exemplo, ao convocar mesários para trabalharem durante a votação); e na afirmação de que, quando o faz, se submete ao regime jurídico-administrativo e aos princípios que o compõem, sejam eles metas políticas (a eficiência) ou princípios em sentido estrito (a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a publicidade). Ocorre que, como se constatou na seção anterior, na condição de membros do Poder Judiciário, os juízes eleitorais também aplicam a jurisdição. E nada se disse até o momento acerca de um suposto dever de observância da eficiência no desempenho das competências jurisdicional-eleitorais, senão que, de acordo com a teoria de Dworkin (2005), os juízes devem julgar com base em princípios em sentido estrito, e não em estratégias coletivas.

Segundo, porque, ainda que se conclua que a eficiência pode assumir, em algumas ocasiões, o papel de meta política, e em outras, de princípio em sentido estrito, ainda é importante identificar que situações são essas e

quais as implicações desses diferentes papéis. Na prática, a resposta a essas questões vai indicar o modo como os juízes eleitorais devem concretizar esse princípio em sentido amplo.

Contudo, antes de avançar a argumentação, faz-se necessário compreender como e em que contexto um mesmo padrão normativo pode realizar funções distintas das usualmente decorrentes da espécie em que originalmente se insere.

Apesar da separação de natureza lógica existente entre princípios e regras, essas duas espécies de normas “[...] podem desempenhar papéis bastante semelhantes [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 44), de modo que “[...] a diferença entre elas reduz-se quase a uma questão de forma [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 44). Segundo Dworkin (2007b, p. 45), isso acontece quando se inserem no texto de uma regra conceitos contestados, cujo sentido não se pode apreender gramatical ou literalmente – “Palavras como ‘razoável’, ‘negligente’, ‘injusto’ e ‘significativo’ [...]”, as quais fazem “[...] com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a própria regra [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 45). O uso dessas palavras “[...] não chega a transformar a regra em princípio [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 45), mas torna necessário um processo mais lento de avaliação das possibilidades de aplicação da norma, “[...] porque até o menos restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e políticas dos quais pode depender a regra [...]” (DWORKIN, 2007b, p. 45).

Ora, essas considerações se aplicam incondicionalmente ao *caput* do art. 37 da CRFB/88 (BRASIL, 1988), o qual veicula uma regra que faz menção expressa a conceitos contestados. Ao afirmar que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988), a CRFB/88 estabelece para os agentes públicos no exercício da função administrativa o dever de obedecer simultânea e inevitavelmente aos cinco princípios em sentido amplo ali mencionados.

Como a todo dever corresponde um direito⁵²⁶, o dispositivo constitucional afirma, em outras palavras, que os cidadãos-administrados têm o direito de serem tratados em conformidade com a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade. Têm o direito também de que, diante de uma situação concreta em que haja mais de uma opção de conduta legal, impessoal, moral e pública, a Administração opte pela menos onerosa. Ou seja, têm o direito à implementação pelo Estado da política da eficiência:

Um indivíduo tem direito a uma oportunidade, a um recurso ou a uma liberdade se esse direito conta a favor de uma decisão política que promove ou protege o estado de coisas no qual ele desfruta tal direito, mesmo que com isso nenhum outro objetivo político seja servido e algum objetivo político seja desservido, se esse direito contar contra a decisão que retardar ou colocar em perigo esse estado de coisas, mesmo que com isso algum outro objetivo político possa ser atingido. (DWORKIN, 2007b, p. 142-143).

Uma vez que a política da eficiência foi positivada em uma regra constitucional que estabelece deveres para os administradores públicos e direitos para os administrados, a meta passou a desempenhar um papel semelhante ao dos princípios em sentido estrito, e como tal, tornou-se apta a fornecer argumentos jurídicos em favor de decisões jurisdicionais típicas.

Essa possibilidade de instituir direitos a serem garantidos judicialmente, por decisões proferidas no exercício da função judicante, encontra-se, porém, circunscrita ao âmbito de incidência da regra em que se insere aquele princípio em sentido amplo. A redação do *caput* do art. 37 da CRFB/88 é inequívoca e não deixa dúvidas acerca de suas hipóteses de aplicação. O preceito ali exposto dirige-se imediatamente à Administração Pública, de modo que, mediatamente, só autoriza os juízes no exercício da jurisdição a aplicarem a eficiência quando o caso reclamar o controle jurisdicional de atos e processos administrativos.

⁵²⁶ A inevitabilidade da correspondência entre direitos e deveres é sustentada por vários autores. Uma famosa afirmação a esse respeito pode ser retirada da obra de Kelsen (2009, p. 142): “Esta situação, designada como ‘direito’ ou ‘pretensão’ de um indivíduo, não é, porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros.”

Uma vez que “É ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito [...]” (MELLO, 2010, p. 121), atribui-se a esse poder, no exercício da jurisdição, o controle da Administração Pública, “[...] quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas [...]” (MELLO, 2010, p. 121). Ao desempenhar essa função, os juízes têm, entre outros deveres, o de impor “[...] à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada [...]” (MELLO, 2010, p. 121). Dessa maneira, não extrapolam os limites constitucionais para exercício da jurisdição as decisões que, ao julgar matérias puramente administrativas ou administrativo-eleitorais, no legítimo exercício do controle judicial dos atos administrativos, reconhecem que os administrados têm direito à meta da eficiência.

Como explica Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994),

Todos os atos da Administração Pública podem ser submetidos ao controle jurisdicional. [...] No Estado Democrático, aliás, o sentido e a extensão do controle das atividades estatais tende a ser uma garantia das pessoas que se fortalece cada vez mais [...]. Sem o controle eficiente, rápido e eficaz, os princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais de todas as pessoas ficam despojados de força impositiva e de eficácia plena em sua aplicação, pelo que não basta enunciá-los e dotá-los de normatividade, sendo essencial que sejam eles controlados em sua observância. (ROCHA, 1994, p. 140).

No controle jurisdicional das funções administrativo-eleitorais desempenhadas pela própria Justiça Eleitoral, os juízes eleitorais estão autorizados a garantir o direito dos administrados-cidadãos a que o Estado implemente a meta da eficiência e opte pelos meios menos onerosos para assegurar a legitimidade das eleições.

A praticidade, eficácia e universalidade dos resultados, no sentido de se suprir a demanda pública objetivada em cada situação, são apuráveis, para efeito de controle da legitimidade da conduta administrativa, sem o que o princípio da juridicidade da Administração Pública não se cumpre. (ROCHA, 1994, p. 111).

Observe-se, porém, que não decorre da doutrina do controle jurisdicional dos atos administrativos que os juízes eleitorais estejam

autorizados a decidir questões não administrativas com base no princípio da eficiência. Nem que estejam autorizados a tratar essa política como um princípio do mesmo nível que a legalidade, por exemplo. Não existe alternativa legítima a uma ação legal-mas-onerosa – não pode o administrador adotar uma conduta ilegal-mas-eficiente, de modo que o Judiciário não a pode exigir. Dado o caráter instrumental e estratégico da eficiência, ela haverá sempre de ceder diante dos princípios fortes.

Cumpra aqui advertir que, quando se refere à legalidade, pretende-se atribuir ao termo o significado de *juridicidade* – que inclui os direitos fundamentais e outras prescrições jurídicas que não decorrem exclusivamente das leis em sentido estrito. Nas palavras de Rocha (1994, p. 70), “A transformação não é apenas do nome do princípio, mas do seu significado e, em especial, do seu conteúdo.” Afirmar que os Poderes se sujeitam ao princípio da juridicidade implica reconhecer que “[...] o administrador público submete-se não apenas à lei, mas ao Direito, e este pode ser instrumentalizado por outros meios que não a lei formal [...]” (ROCHA, 1994, p. 71). Implica reconhecer, também, e principalmente, que “[...] o Estado de Direito tem como centro e fim o ser humano e seus direitos fundamentais [...]” (ROCHA, 1994, p. 79).

Como não se pretende que esta afirmação seja meramente retórica, deve-se destacar um ponto implícito à argumentação desenvolvida até aqui. Da constatação de que a eficiência é uma meta política – uma estratégia coletiva, mesmo que positivada em uma regra constitucional –, decorre a importante consequência de que, diante de um direito fundamental, ela não pode prevalecer. Afinal, tais direitos são exatamente os “[...] trunfos políticos que os indivíduos detêm [...]” (DWORKIN, 2007b, p. xv) contra os interesses de todos, dos demais indivíduos ou da coletividade. O que define esses direitos, o que os torna fundamentais, é justamente o fato de “[...] prevalecerem contra as decisões tomadas pela comunidade ou sociedade como um todo [...]” ou “[...] por uma instituição específica [...]” (DWORKIN, 2007b, p. xv).

Os juízes eleitorais têm, então, importantes limites a considerar na concretização da eficiência.

Quando, com auxílio do corpo de servidores que compõe a secretaria dos tribunais e os serviços auxiliares dos cartórios, os membros da Justiça Eleitoral desempenham funções estritamente administrativas (licitações, afastamento de servidores, publicação de portarias etc.) ou administrativo-eleitorais (cadastramento de eleitores, registro de partidos políticos, nomeação de mesários etc.), eles devem implementar a meta política da eficiência. Na prática, isso significa escolher os meios menos onerosos entre aqueles conformes com o Direito e aptos a assegurar a legitimidade das eleições.

Por outro lado, encarregados de exercer o controle jurisdicional dos atos administrativos puros ou administrativo-eleitorais praticados pela própria Justiça Eleitoral, os juízes eleitorais devem verificar se a instituição, ao exercer as funções executivas que lhe são atribuídas, o fez sem descumprir o dever de ser eficiente.

Mas, fundamentalmente, diante da ampla difusão do discurso da eficiência – um reflexo da importância que essa meta coletiva adquiriu para a opinião pública do país desde a última década do século XX –, os juízes eleitorais têm o dever de, ao julgar os casos a eles submetidos, não se valerem dos argumentos de política que apelam à eficiência para afastar a incidência de princípios em sentido estrito. Primeiro, porque esses argumentos não se dirigem aos órgãos estatais no exercício da jurisdição. Segundo, porque, ainda quando influenciam as decisões judiciais – a despeito de não se destinarem a isso –, os argumentos de política não têm força para afastar a incidência de normas como as regras e os princípios em sentido estrito que compõem o Direito.

Uma vez que se está diante de uma meta política – que não perde esse caráter, mesmo incluída na regra do *caput* do art. 37 da CRFB/88 (BRASIL, 1988) –, a eficiência tem que ceder diante de princípios em sentido estrito – como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade – e dos direitos fundamentais dos cidadãos.

5 Conclusões

A partir de meados da década de 1990, difundiu-se no Brasil um novo ideal acerca do papel do Estado perante a sociedade. O discurso que acompanhou esse processo, que alguns autores entendem constituir uma mudança de paradigma em favor da modernização, tem como palavra-chave a eficiência (MOREIRA NETO, 2008).

Diversos fatores demonstram a repercussão do discurso da eficiência no Direito Público brasileiro. Dois deles são significativos: a realização, em 1996, das primeiras eleições que fizeram uso do sistema eletrônico de votação; e a promulgação, em 1998, da EC 19 (BRASIL, 1998a), que modificou o *caput* do art. 37 da CRFB/88 (BRASIL, 1988) e introduziu a eficiência entre os princípios a que se submete a Administração Pública.

A consulta ao banco de julgados do TSE reforça a percepção inicial de que, uma vez constitucionalizada como princípio, a eficiência passou a constituir um motivo para a prática de atos administrativos pela Justiça Eleitoral e um fundamento para o exercício da jurisdição em matéria eleitoral. De todas as decisões colegiadas do tribunal, treze acórdãos e resoluções contêm o termo “eficiência” em sua indexação ou ementa, mas somente uma foi proferida antes da década de 1990. As demais ocorrências são posteriores a 1996: uma delas é de 1998; os outros resultados datam dos anos 2000.

No que se refere ao STF, pelo menos em uma ocasião recente, o tribunal apelou à eficiência dos serviços eleitorais para decidir uma questão administrativo-eleitoral. O acórdão proferido na ADI 4.467 (BRASIL, 2011) declarou a inconstitucionalidade da interpretação de que, de acordo com o recém-modificado art. 91-A da Lei 9.504/1997 (BRASIL, 1997), só estariam autorizados a votar os eleitores que comparecessem ao local de votação munidos do documento de identidade e do título de eleitor.

Apesar desses exemplos das visíveis consequências da juridicização do discurso da eficiência, o contexto em que se insere a modernização das

práticas judiciárias no Brasil é marcado pela ausência de reflexão acerca do significado do princípio. É difundida e não problematizada a ideia de que decorrem da eficiência argumentos suficientemente fortes para justificar, por exemplo, a implementação da urna eletrônica de votação, ainda que sem analisar se tal mudança implica o sacrifício de outros princípios.

A ausência de discussão acerca dos limites da eficiência causa especial estranheza quando se observa que, na Alemanha, um país que muito inspira o constitucionalismo do Brasil, a Corte Constitucional declarou que a adoção de um modelo eleitoral automatizado semelhante ao brasileiro é inconstitucional porque viola o direito dos cidadãos ao controle público dos atos de votação (ALEMANHA, 2007).

Partindo dessa situação-problema, este trabalho analisou a incidência do princípio da eficiência no Direito Eleitoral e a aplicação dessa norma pelos juízes e demais órgãos eleitorais brasileiros. A investigação se desenvolveu de modo a responder às perguntas formuladas na introdução: O que é eficiência e em que medida ela pode ser entendida como um princípio? É o princípio da eficiência um princípio de Direito Eleitoral? Devem os juízes eleitorais aplicar o princípio da eficiência ao julgar?

Como se demonstrou na segunda seção, a eficiência é uma exigência instrumental que impõe à Administração Pública como um todo (também aos juízes e servidores eleitorais no exercício de funções puramente administrativas e administrativo-eleitorais) a adoção dos métodos menos onerosos para a realização do interesse público. Trata-se, no entanto, de uma demanda fraca, pois cede diante de princípios fortes, como a legalidade.

A partir dessa concepção, extraída de Mello (2010) e Silva (2008), e adotando a teoria de Dworkin (2005, 2007b) acerca da subdivisão dos princípios, pelo menos, em princípios em sentido estrito (dos quais decorrem direitos e deveres individuais) e políticas (que estabelecem metas coletivas e políticas públicas para atendimento do interesse da sociedade), constatou-se

que a eficiência é mais bem classificada no sistema jurídico brasileiro como um princípio em sentido amplo, já que, em sentido estrito, constitui uma meta política.

Conforme exposto na terceira seção, existe uma vinculação entre as metas políticas e a função administrativa, e entre os princípios em sentido estrito e a função jurisdicional. A Justiça Eleitoral, além de exercer a jurisdição, função típica do Poder Judiciário como um todo, desempenha também funções administrativas, não só atipicamente, como quando nomeia servidores aprovados em concursos, mas também precipuamente, como quando organiza as eleições. Logo, já que a eficiência constitui uma meta política, os juízes e os servidores dos cartórios e tribunais eleitorais devem observá-la ao executarem funções administrativas puras ou administrativo-eleitorais.

Especificamente no caso destas, a eficiência exige das autoridades encarregadas a escolha dos meios menos onerosos entre os juridicamente autorizados para assegurar a legitimidade das eleições. Ela incide sobre, entre outras atividades, a expedição de títulos eleitorais; o cadastro de eleitores; o registro dos partidos políticos; a alteração do domicílio em caso de transferência; a fixação do lugar de funcionamento das zonas eleitorais; a designação dos locais de votação; a nomeação da mesa receptora; a fiscalização da propaganda dos candidatos; e a diplomação dos eleitos. Nesses termos, é um princípio em sentido amplo do Direito Eleitoral.

Isso não significa, porém, que os juízes eleitorais não devam aplicar a eficiência ao julgar. A afirmação de que ela é uma meta política não exclui a possibilidade de que também desempenhe, no sistema jurídico-eleitoral brasileiro, a função de um princípio em sentido estrito.

Como sustentado na quarta seção, a diferença de natureza lógica entre princípios e regras reduz-se quase a uma questão formal quando se inserem em uma regra conceitos contestados, que fazem a

aplicação normativa depender de princípios e políticas que extrapolam o próprio texto (DWORKIN, 2007b). Ao veicular uma regra que menciona expressamente a eficiência, um conceito contestado, o *caput* do art. 37 da CRFB/88 (BRASIL, 1988), estabelece para os agentes públicos no exercício da função administrativa o dever de implementar essa meta política. Como a todo dever corresponde um direito, o dispositivo constitucional assegura aos cidadãos-administrados o direito de que, havendo a possibilidade fática de mais de uma conduta legal, impessoal, moral e pública, o Estado opte pela mais eficiente.

Incluída em uma regra constitucional que estabelece deveres para os administradores públicos e direitos para os administrados, a eficiência não perde a natureza de meta política, mas passa a desempenhar um papel semelhante ao dos princípios em sentido estrito: torna-se fonte legítima de argumentos jurídicos em favor do exercício da jurisdição. Essa possibilidade de instituir direitos a serem garantidos por decisões jurisdicionais encontra-se, porém, circunscrita às hipóteses autorizadas pela regra em que se insere. Somente no controle jurisdicional das funções administrativas atribuídas à própria Justiça Eleitoral, os juízes eleitorais estão autorizados a garantir o direito dos administrados-cidadãos a que o Estado implemente a meta da eficiência e opte pelos meios menos onerosos para assegurar a legitimidade das eleições.

Propõem-se, então, as seguintes condições para a aplicação do princípio em sentido amplo da eficiência:

A. Quando desempenha funções administrativas puras ou administrativo-eleitorais, a Justiça Eleitoral tem o dever de observar a meta política da eficiência, o que implica escolher os meios menos onerosos entre aqueles conformes com o Direito para realizar as eleições e assegurar a legitimidade destas; e

B. Quando encarregados de exercer o controle jurisdicional dos atos administrativos puros ou administrativo-eleitorais praticados pela própria Justiça Eleitoral, os juízes eleitorais estão autorizados a tratar a eficiência como um princípio em sentido estrito, que lhes impõe o dever de verificar se a instituição, ao exercer as funções executivas que lhe são atribuídas, o fez sem descumprir o dever de ser eficiente.

Por fim, reconhecida a peculiaridade do princípio da eficiência, que, embora seja uma meta política, pode desempenhar ainda funções de um princípio em sentido estrito, faz-se necessário destacar os riscos do desrespeito aos limites de sua incidência em cada caso. Os juízes eleitorais não estão autorizados a decidir com base na eficiência questões que não se inserem no âmbito do controle jurisdicional dos atos administrativos. E, ainda quando no legítimo exercício desse controle, não estão autorizados a tratar essa política como um princípio do mesmo nível que a legalidade. Dado o caráter instrumental e estratégico da eficiência, ela sempre haverá de ceder diante dos direitos fundamentais e dos verdadeiros princípios em sentido estrito.

Se apelam à meta política da eficiência como fundamento para decidir casos que exigem uma solução baseada em argumentos de princípio, os juízes eleitorais atuam como administradores públicos, quando deveriam conduzir-se como autoridades judiciárias. Se deixam de aplicar os princípios e as regras jurídicas incidentes, ou fazem direitos fundamentais curvarem-se diante de uma estratégia coletiva, omitem-se naquela que é a mais essencial das funções judiciais: garantir os indivíduos contra lesões ou ameaças a direitos. Em qualquer dos casos, não é demais lembrar a clássica advertência de Montesquieu (1979, p. 149): “Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”

Referências

ALEMANHA. Federal Constitutional Court. *Judgment of the Second Senate of 3 March 2009*. 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20090303_2bvc000307en.html>. Acesso em: 13 set. 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE NETO, João. *O positivismo jurídico e a legitimidade dos juízos eleitorais: a insuficiência da resposta juspositivista à questão da judicialização da política*.

Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. Ed. rev. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Organizador: Luís Roberto Barroso. 3. Ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Organizador: Luís Roberto Barroso. 3. Ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. Ed. atual. e ampl. (em apend. tex. da CRF/88, com as EECC até a de n. 56/07). São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Código Eleitoral. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 jul. de 1965, p. 6.746.

BRASIL (Constituição). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2011.

_____. *Emenda Constitucional n. 19*, de 4 jun. 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art37>. Acesso em: 25 ago. 2011.

_____. *Emenda Constitucional n. 45*, de 30 dez. 2004a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1>. Acesso em: 16 out. 2011.

_____. Lei Complementar 64, de 18 mai. 1990. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 21 maio 1990, p. 9.591.

_____. Lei Complementar 135, de 4 jun. 2010. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 7 jun. 2010a, p. 1.

_____. Lei n. 9.504, de 30 set. 1997. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 1º out. 1997, p. 21.801. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 12 out. 2011.

_____. Lei n. 9.784, de 29 jan. 1999. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 1º fev. 1999, p. 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. Lei n. 12.034, de 29 set. 2009. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 30 set. 2009, p. 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm>. Acesso em: 12 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n. 1912, de 26 out. 1994. Relator: Ministro Jesus Costa Lima. Recorrente: Rita de Cássia Rachid. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Brasília, DF, *Diário da Justiça*, 14 nov. 1994, p. 30.962.

_____. Acórdão no Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n. 5590, de 16 abr. 1996. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Constantino Alves de Oliveira. Recorrido: União. Brasília, DF, *Diário da Justiça*, 10 jun. 1996, p. 20.395.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.278, de 15 fev. 2006. Relator: Ministro Eros Grau. Requerente: Partido Humanista da Solidariedade (PHS) e Mesa Diretora da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco. Requerido: Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Brasília, DF, *Diário da Justiça*, 10 nov. 2006a, p. 48.

_____. Acórdão na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.461, de 30 set. 2010. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Requerente: Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores. Requeridos: Presidente da República, Congresso nacional e Tribunal Superior Eleitoral. Brasília, DF, *Diário da Justiça Eletrônico*, 1º jun. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 62.664, 16 nov. 2010. Relatora: Ministra

Carmen Lúcia Antunes Rocha. Embargante: Coligação União para o Trabalho (PPS/PP/PSDC/PCB/PSC/PSL/DEM) e Romeiro José Costeira de Mendonça. Embargados: Antônio Fernando Fontes Vieira e Ministério Público Eleitoral. Brasília, DF, *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 dez. 2010b, p. 43.

_____. *Acórdão nos Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral n. 29.022*, 16 out. 2008. Relator: Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes. Embargante: Cláudio Armani. Embargado: Ministério Público Eleitoral. Brasília, DF, sessão de 16 out. 2008a.

_____. *Acórdão no Recurso no Mandado de Segurança n. 343*, 2 fev. 2006. Relator: Ministro Antônio Cezar Peluso. Recorrente: Jailson Laurentino. Recorrida: União. Brasília, DF, *Diário de Justiça*, 28 fev. 2007a, p. 132.

_____. *Acórdão no Recurso no Mandado de Segurança n. 514*, 8 mai. 2007. Relator: Ministro José Augusto Delgado. Recorrentes: Célia Regina dos Santos, Eugênia Maria De Andrade Menezes, Luiz Marcone Rabelo de Carvalho, Paulo Sérgio Melo, José Carlos Oliveira Bispo, Dayse Fonseca Nascimento; Mônica de Carvalho Rocha Moura; Gilney Santana Lisboa Júnior; Ministério Público Eleitoral; Márcia Sierra da Silva; Flávia Cristina Oliveira Félix; Aislan Maranhão Teotonio e Marcos Einar do Nascimento. Recorrida: União. Brasília, DF, *Diário de Justiça*, 15 jun. 2007b, p. 180.

_____. *Acórdão no Recurso na Representação n. 1.406*, 6 abr. 2010. Relator: Ministro Joelson Costa Dias. Recorrente: Luiz Inácio Lula da Silva. Recorrido: Partido da Social Democracia Brasileira. Brasília, DF, *Diário de Justiça*, 10 maio 2010c, p. 28.

_____. *Acórdão na Representação n. 773*, de 24 nov. 2005. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Representante: Ministério Público Eleitoral. Representado: Diretório Regional do Partido da Frente Liberal (PFL)/PE. Brasília, DF, *Diário de Justiça*, 17 fev. 2006b, p. 125.

_____. *Acórdão na Representação n. 908*, de 20 jun. 2006. Relator: Ari Pargendler. Representante: Partido da Social Democracia Brasileira. Representados: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás) e Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva. Brasília, DF, sessão de 20 jun. 2006c.

_____. *Decisão no Recurso Especial Eleitoral 33.806*, de 28 out. 2008. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Relator designado: Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 28 out. 2008b.

_____. *Decisão no Recurso em Mandado de Segurança 740*, de 14 abr. 2010. Relator: Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares. Brasília, DF, *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 abr. 2010d, p. 10-13.

_____. *Decisão nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança 343*, de 21 dez. 2007. Relator: Ministro Antonio Cezar Peluso. Brasília, DF, *Diário de Justiça*, 7 fev. 2008c, p. 10.

_____. *História da urna eletrônica*. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/internet/urnaEletronica/index.html>>. Acesso em: 27 ago. 2011a.

_____. *Informatização da Justiça Eleitoral brasileira*. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/internet/eleicoes/votoeletronico/informatizacao.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2011b.

_____. *Petição n. 22.571*, de 16 ago. 2007. Relator: Ministro Carlos Eduardo Caputo Bastos. Requerentes: Abelard Dias Ribeiro Dos Santos, Albertino Martins Neiva Neto, Ana Kallyne Rodrigues Dantas Soares e Maria do Socorro Rodrigues Ribeiro. Brasília, DF, *Diário de Justiça*, 17 set. 2007c, p. 131.

_____. *Resolução n. 3.305*, de 18 nov. 1949. Processo Administrativo n. 1917 - Bahia. Relator: Djalma Tavares da Cunha Mello.

_____. *Resolução n. 20.234*, de 16 jun. 1998. Relator: Ministro José Eduardo Rangel de Alckmin. Interessado: Tribunal Regional Eleitoral/GO. Brasília, DF, *Diário de Justiça*, 7 jul. 1998b. v. 1, p. 19.

_____. *Resolução n. 21.009*, de 5 mar. 2002. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Interessado: Associação Alagoana de Magistrados (ALMAGIS). Brasília, DF, *Diário de Justiça*, 15 mar. 2002, Volume 1, p. 182.

_____. *Resolução n. 21.761*, de 13 mai. 2004. Relatora: Ministra Ellen Gracie Northfleet. Interessado: Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. Brasília, DF, *Diário de Justiça*, 8 jun. 2004b, p. 85.

_____. Resolução n. 21.909, de 31 ago. 2004. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Interessado: Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo. Brasília, DF, *Diário de Justiça*, 28 set. 2004c, Volume 1, p. 107.

_____. *Sucesso do processo eleitoral*. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/eleicoes/votoeletronico/suc_proc.htm>. Acesso em: 27 ago. 2011c.

CHUERI, Vera Karam de. *Judicial review, reasons and technology: a glance at constitutionalism and democracy*. In: 25TH IVR WORLD CONGRESS OF PHILOSOPHY OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY, 2011, Frankfurt am Main, Alemanha.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Oxford: Oxford University Press, 1985.

_____. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

_____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

_____. *Taking rights seriously: with a new appendix, a response to critics*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão da tradução Silvana Vieira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. Ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRESTA, Roberta Maia. *Processo Coletivo: entre o estrangulamento da conflituosidade e a legitimidade democrática*. In: XX CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2011, Vitória (ES).

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed., rev., ampl. e atual. pela BBR 14.724 e atual. pela ABNT 30/12/05. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 15-02-1998 e 19, de 04-06-1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 27. Ed. rev. e atual. até EC 64/10. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. vol. II, art. 37-128. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la. *Do espírito das leis*. Introdução e notas de Gonzague Truc; tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. Ed. São Paulo; Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. Ed. atual. até a EC n.º 56/07. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade; finalidade; eficiência; resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEREIRA, M. F. *Mudança estratégica e o impacto da implantação do sistema de votação eletrônica do TRE/SC*. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/eadonline/grupodepesquisa/index.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1994.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO DE GOVERNO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *A proposta de reforma administrativa*. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PROADM.HTM>. Acesso em: 15 out. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. Ed. rev. e atual. até a EC n. 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

OS VOTOS BRANCOS E NULOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A LEGITIMIDADE DAS ELEIÇÕES MAJORITÁRIAS NO BRASIL

Renata Livia Arruda de Bessa Dias

Resumo

Esta monografia tem por objetivo tecer considerações a respeito do aproveitamento dos votos brancos e nulos nas eleições majoritárias do Poder Executivo no Brasil. A questão central do estudo consistiu em analisar a legitimidade das eleições majoritárias para o cargo do Poder Executivo nos municípios com mais de 200 mil eleitores – a partir do art. 224 do Código Eleitoral, do art. 77, § 2º, da Constituição Federal de 1988 e da jurisprudência consolidada no Tribunal Superior Eleitoral –, considerando que o atual sistema eleitoral brasileiro não permite que os votos brancos e nulos (dados pelo eleitor por ocasião do comparecimento às urnas) sejam computados para efeito de invalidação das eleições. Tais votos foram analisados como manifestação da vontade do eleitor no exercício da soberania popular.

Palavras-chave: Voto em branco. Voto nulo. Democracia. Soberania popular. Legitimidade.

Abstract

The present monograph's stated objective is to consider the utilization of blank and nullified votes in Executive Branch elections by popular vote in Brazil. The main point of this study is to analyze the legitimacy of elections by popular vote for the head of the Executive Branch in cities with over 200,000 voters – from article 224 of the Electoral Code, article 77, § 2º, of the Brazilian Federal Constitution and the jurisprudence consolidated in the Superior Electoral Court – taking into account that the current Brazilian voting system does not allow blank and nullified votes (submitted by the voter at the polls) to be counted towards the invalidation of the election. Such votes were analyzed as an expression on the part of the voter in the exercise of popular sovereignty.

Keywords: Blank votes. Nullified votes. Democracy. Popular sovereignty. Legitimacy.

1 Introdução

A cada ano destinado às eleições no Brasil, a Justiça Eleitoral desenvolve forte campanha contra o voto nulo. Argumenta-se que o eleitor tem ao seu alcance, por meio do voto consciente (leia-se destinado a um dos candidatos apresentados ou legenda), a oportunidade de decidir o futuro do país.

Em sentido oposto, surgem os defensores do voto nulo, notadamente na qualidade de voto de protesto. Estes discutem que votar nulo é direito do eleitor e que, por meio da anulação do voto – no momento do comparecimento às urnas –, seria possível alcançar a anulação de determinada eleição.

Todavia, muitas informações divulgadas, especialmente na internet, são equivocadas e decorrem de má interpretação da legislação eleitoral (art. 224 do Código Eleitoral) e constitucional (art. 77, § 2º, da CF/88).

É nesse contexto que surge a importância deste estudo, cujo objetivo atrela-se à correta interpretação das mencionadas normas diante da compreensão jurisprudencial acerca do tema e de preceitos aplicados ao Direito Eleitoral, tais como soberania popular, sufrágio, voto e Estado Democrático de Direito.

Assim, este trabalho analisará o aproveitamento dos votos brancos e nulos nas eleições majoritárias do Poder Executivo nos municípios brasileiros com mais de 200 mil eleitores, por meio da abordagem de questões atuais e de relevante discussão, sem a ambição de esgotar o tema, mas de discuti-lo com um olhar crítico.

Para melhor entendimento do assunto, os votos brancos e nulos serão agrupados na mesma categoria, a dos votos inválidos.

Ainda no âmbito das nomenclaturas utilizadas, o termo *voto nulo* fará referência àqueles proferidos por ocasião do comparecimento do eleitor às urnas no dia da votação, enquanto a expressão *votos anulados* ou *anuláveis*,

aos posteriormente invalidados por decisão judicial que poderão ocasionar a anulação ou declaração de nulidade de determinada eleição.

No exame da legitimidade do pleito majoritário, não serão consideradas as abstenções eleitorais, sobretudo porque o estudo se desenvolverá nos âmbitos político e sociológico, discutindo preceitos básicos – democracia representativa e soberania popular – que se referem à efetiva participação do eleitor na escolha de seus representantes.

O estudo pretende, com isso, suscitar reflexão a respeito da possível rediscussão do tema perante os Poderes Legislativo e Judiciário, iniciativa essa que deverá partir de uma sociedade que caminha para a prática da consolidação da democracia que lhe foi conferida constitucionalmente.

Ao final da leitura, espera-se que o leitor possa avaliar, com segurança, se o sistema eleitoral brasileiro corresponde, no aspecto em debate, à correta noção de democracia representativa e se há possibilidade de atestar a legitimidade das eleições majoritárias nas condições por ele impostas.

2 Preceitos constitucionais aplicados ao Direito Eleitoral

Para alcançar compreensão ampla a respeito do assunto tratado neste trabalho, importa examinar preceitos básicos que servem de alicerce para análise do tema em estudo, sendo eles: (1) Estado Democrático de Direito, (2) democracia, (3) soberania popular, (4) sufrágio universal e (5) voto.

A teor do art. 1º da CF/88, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito no qual “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

É de Direito porquanto a sua essência deverá ser dirigida pelos critérios do Direito, por meio de uma Constituição que limita o poder autoritário e apresenta regras de supremacia dos direitos fundamentais.

Finalmente, é democrático por ser um governo no qual o povo exerce a soberania popular, participando da escolha, direta ou indiretamente, dos governantes do Estado. Assim, o Estado Democrático denota a participação dos cidadãos, como autores e destinatários principais de suas emanações.

Nesse contexto, Arlene Costa Barbosa⁵²⁷ acrescenta:

Nogueira (2000, p. 5) ao analisar o processo democrático e a divisão dos poderes, acrescenta:

A palavra Democracia, do grego “Demokratia”, significa antes de tudo que o poder é do povo, porque o detém em benefício próprio. Na impossibilidade do exercício direto do poder político, dada a complexidade da sociedade estatal moderna, através do sufrágio, o povo escolhe os seus governantes [...]. A democracia é a mais delicada forma de organização política e também a mais difícil de realizar, pois pressupõe cultura política e estabilidade econômica.

Logo, o conceito de democracia está atrelado à ideia de poder do povo na escolha de seus governantes.

Importa salientar que o alicerce do regime democrático brasileiro é formado pelos Direitos Políticos, disciplinados no Capítulo IV, arts. 14 a 16 da CF/88, uma vez que estes viabilizam a participação dos cidadãos no processo político do país.

Conforme extrai-se da leitura do art. 1º da Lei Maior, o povo pode exercer o poder de modo indireto, por meio dos representantes escolhidos (democracia representativa), e de maneira direta (democracia direta), consubstanciada no voto (sufrágio universal), no plebiscito, no referendo e na iniciativa popular de leis (art. 14, *caput*, da CF/88⁵²⁸).

A soberania popular é um poder pleno, supremo, que não se submete a nenhum outro poder. Todavia, essa característica não permite

⁵²⁷ BARBOSA, Arlene Costa. Os direitos políticos e a evolução da cidadania. *Revista de Julgados*. Paraíba: TRE. v. único, n. 8, 2004. 56, p. 56.

⁵²⁸ 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:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

arbitrariedades, e, portanto, a soberania sujeita-se ao regime jurídico do Estado Democrático.

Entre as formas de participação mencionadas, este estudo tem como foco o exame do sufrágio universal, que é a efetiva participação do povo na escolha de seus governantes, demonstrando sua vontade política na sociedade na qual está inserido, seja para escolher (ou não) os seus governantes ou para ser escolhido para governar. Este ato é o reflexo do exercício da soberania popular.

A respeito do sufrágio, José Jairo Gomes⁵²⁹ acrescenta:

Na seara jurídica, designa o direito público subjetivo democrático, pelo qual um conjunto de pessoas – o povo – é admitido a participar da vida política da sociedade, escolhendo os governantes ou sendo escolhido para governar e, assim, conduzir o Estado. Em suma: o sufrágio traduz o direito de votar e de ser votado, encontrando-se entrelaçado ao exercício da soberania popular. Trata-se do poder de decidir sobre o destino da comunidade, os rumos do governo, a condução da Administração Pública. (destacou-se)

O sufrágio revela-se pela capacidade eleitoral ativa, quando o cidadão exerce o direito de votar, elegendo, assim, seu representante; e pela capacidade eleitoral passiva (*jus honorum*), no momento em que determinado cidadão se coloca na posição de ser votado, ou seja, de ser escolhido para governar. Consiste, também, no exercício do poder por meio da participação em plebiscitos, referendos e iniciativas populares.

Dizer que o sufrágio é universal significa afirmar que o direito político é reconhecido a todos os nacionais do Brasil, independentemente da condição financeira, classe ou grupo social.

Nesse contexto, o voto expressa direito público subjetivo, sendo o seu exercício a concretização do sufrágio, e com ele não se confunde.

No sistema eleitoral brasileiro, o voto tem as seguintes características: personalíssimo, secreto, direto, periódico, igualitário, obrigatório e universal.

⁵²⁹ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. Ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 39.

Personalíssimo, porque o cidadão só poderá votar se comparecer pessoalmente ao local de votação, o que permite concluir pela inviabilidade de exercer esse direito por meio de procuração, representante ou correspondência.

É secreto por ser sigiloso, uma vez que não poderá ser revelado pela Justiça Eleitoral.

Direito, em razão de os cidadãos escolherem diretamente seus representantes, sem intermediação.

É periódico por se repetir em intervalos regulares, de tempos em tempos, dando caráter temporário aos mandatos eletivos. Iguatário pelo valor, tendo o mesmo peso para todos os cidadãos.

Obrigatório, pelo direcionamento ao dever de comparecer à zona eleitoral para votação, ou, ainda, ao dever de justificar a ausência às urnas, mas não ao direito de dar o voto a determinado candidato, uma vez que há possibilidade de o eleitor anular o seu voto ou votar em branco.

A propósito, na definição de Pedro Lenza⁵³⁰:

[O voto é] livre, pois a escolha pode dar-se por um ou outro candidato, ou, se preferir, poderá anular o voto ou depositar a cédula na urna em branco. A obrigatoriedade está em comparecer às urnas, depositando a cédula ou, mais comumente, votando na urna eletrônica, e assinando a folha de votação. (destacou-se)

Vale destacar que este é um dos pontos centrais do estudo, haja vista que, se obrigatoriedade está em comparecer à zona eleitoral no dia da votação, e não na necessária escolha de um dos candidatos, então deve-se considerar a votação em branco ou nula como legítima manifestação de vontade do eleitor apta, se possível, a invalidar o pleito.

Nessa seara, José Jairo Gomes⁵³¹ ressaltou que a obrigatoriedade do voto “certifica a imaturidade do povo, ainda merecedor da tutela estatal”.

⁵³⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 685.

⁵³¹ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. Ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 43.

De fato, ela pode não representar o amadurecimento político de uma sociedade; entretanto, importa ponderar que tal debate não faz parte deste estudo, que tem por objetivo, frise-se, examinar a possibilidade de os votos brancos e nulos influenciarem no resultado das eleições.

Não se discute que o voto é – em especial – direito do cidadão, antes mesmo de ser obrigação. É o que ensinam Frank Sérgio Pereira e Robson Antônio de Pádua: “O voto é instrumento de participação na democracia pelo qual exercemos direito conquistado a duras penas, antes até de ser uma obrigação”⁵³².

É nesse contexto que alguns estudiosos compreendem o voto como uma função da soberania popular. Nesse sentido, José Sales pondera⁵³³:

Todavia, o voto tem sido considerado por muitos como uma função, uma função social, uma função da soberania popular. Neste sentido, o grande e sempre admirável Pinto Ferreira afirma: “Discute-se sobre a natureza jurídica do voto. *De acordo com Rousseau, o voto é um direito que cada pessoa está livre de exercer segundo os ditames de sua razão; é a tese rousseauiana de eleitorado-direito. Já com Sieyès o voto é uma função que deve ser exercida pelo cidadão em benefício do bem comum, sob pena de sanção*, e daí a teoria do eleitorado-função. A natureza jurídica do voto deve ser bem explicada. *Ele é essencialmente um direito público subjetivo, é uma função da soberania popular na democracia representativa e na democracia mista como um instrumento deste [...]*”. (Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 295). (destacou-se)

De fato, o voto é o exercício da soberania popular, sendo manifestação legítima contextualizada na participação democrática dos eleitores na escolha ou rejeição dos seus representantes.

Nesse enfoque – amparado pelos conceitos delineados neste capítulo – este estudo busca discutir a legitimidade das eleições majoritárias para cargos do Poder Executivo no Brasil, diante da exclusão dos votos

⁵³² PEREIRA, Frank Sérgio, PÁDUA, Robson Antônio de. O Voto no Brasil. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 8, n. 15, 2º semestre 2005, p. 124.

⁵³³ SALES, José Edvaldo Pereira. *Votos nulos, nulidade da eleição e nova eleição*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11506/votos-nulos-nulidade-da-eleicao-e-nova-eleicao>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

brancos e nulos na apuração da validade das eleições e consequente proclamação do candidato eleito ao cargo majoritário.

3 O sistema majoritário no Brasil: características e hipóteses de anulação das eleições

No Brasil, as eleições realizam-se por meio de dois sistemas, a saber, o sistema majoritário, aplicado aos cargos do Poder Executivo (presidente, governador e prefeito) e ao cargo de senador, e o sistema proporcional, adotado para os cargos do Poder Legislativo (deputado federal, deputado estadual, deputado distrital e vereador, exceto senador).

O sistema majoritário consiste em declarar eleito o candidato que tenha recebido a maioria dos votos válidos. Essa maioria pode ser absoluta, quando se elege – no primeiro turno para o cargo do Poder Executivo – o candidato que tenha alcançado o mínimo de 50% dos votos válidos mais um voto, e pode ser simples, hipótese em que se elege o candidato para os cargos de presidente, governador e prefeito que, no segundo turno, tenha puramente obtido mais votos que o segundo colocado.

A maioria simples é regra observada para o cargo de prefeito nos municípios com menos de 200 (duzentos) mil eleitores e cargo de senador.

A fim de proclamar o candidato eleito no pleito majoritário, o art. 77, § 2º, da CF/88, estabelece que a maioria absoluta de votos não será integrada por votos brancos e nulos. Confere-se:

Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

§ 1º (omissis)

§ 2º - *Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.*

§ 3º - Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

§ 4º (omissis)

§ 5º (omissis) (destacou-se)

A mesma regra se estende, evidentemente, aos governadores (art. 28 da CF/88, e art. 2º, da Lei 9.507/97) e aos prefeitos⁵³⁴ (art. 29, II, da CF/88, e art. 3º da Lei 9.507/97), em razão de serem cargos majoritários.

Logo, nos termos da legislação vigente, será eleito o candidato que alcançar a maioria dos votos válidos, nos quais não se incluem os votos brancos e nulos.

A propósito, Olivar Coneglian menciona que “votos válidos são aqueles que se aproveitam para a fixação de eleitos e não eleitos, enquanto os votos em branco e nulos não são considerados válidos”⁵³⁵.

No campo da anulação das eleições, o art. 224 do CE – principal objeto das interpretações equivocadas sobre a invalidação das eleições – prevê a possibilidade de anulação das eleições na hipótese em que a nulidade alcançar mais da metade dos votos daquele pleito. Vale reproduzi-lo:

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

O art. 201, *caput*, do CE⁵³⁶ também estabelece uma possibilidade de realização de novas eleições: “se verificar que os votos das seções anuladas e daquelas cujos eleitores foram impedidos de votar, poderão alterar a representação de candidato eleito pelo princípio majoritário”.

⁵³⁴ O segundo turno nas eleições municipais restringe-se aos municípios com mais de 200 mil eleitores, a teor dos art. 29, II, da Constituição Federal.

⁵³⁵ CONEGLIAN, Olivar. *Lei das eleições comentada*. 5. Ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 21.

⁵³⁶ Art. 201. De posse do relatório referido no artigo anterior, reunir-se-á o tribunal, no dia seguinte, para o conhecimento do total dos votos apurados, e, em seguida, se verificar que os votos das seções anuladas e daquelas cujos eleitores foram impedidos de votar, poderão alterar a representação de candidato eleito pelo princípio majoritário, ordenará a realização de novas eleições.

Essa regra foi estendida ao sistema proporcional por meio do art. 66 da Res.-TSE 20.103/98, ao contrário do art. 224 do CE, que cuida apenas das eleições majoritárias.

Atualmente, o sistema eleitoral brasileiro possibilita a declaração de nulidade dos votos (presunção absoluta) e realização de novo pleito, na hipótese adiante, estabelecida no Código Eleitoral:

Art. 220. É nula a votação:

I - quando feita perante mesa não nomeada pelo juiz eleitoral, ou constituída com ofensa à letra da lei;

II - quando efetuada em folhas de votação falsas;

III - quando realizada em dia, hora, ou local diferentes do designado ou encerrada antes das 17 horas;

IV - quando preterida formalidade essencial do sigilo dos sufrágios.

V - quando a seção eleitoral tiver sido localizada com infração do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 135. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

Parágrafo único. A nulidade será pronunciada quando o órgão apurador conhecer do ato ou dos seus efeitos e o encontrar provada, não lhe sendo lícito supri-la, ainda que haja consenso das partes.

De outra parte, as situações descritas nos artigos 221 e 222 do Código Eleitoral são casos de anulação dos votos – presunção relativa de prejuízo.

Transcreve-se:

Art. 221. É anulável a votação:

I - (Revogado pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

I - quando houver extravio de documento reputado essencial; (Inciso II renumerado pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

II - quando for negado ou sofrer restrição o direito de fiscalizar, e o fato constar da ata ou de protesto interposto, por escrito, no momento: (Inciso III renumerado pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

III - quando votar, sem as cautelas do Art. 147, § 2º. (Inciso IV renumerado pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

a) eleitor excluído por sentença não cumprida por ocasião da remessa das folhas individuais de votação à mesa, desde que haja oportuna reclamação de partido;

b) eleitor de outra seção, salvo a hipótese do Art. 145;

c) alguém com falsa identidade em lugar do eleitor chamado.

Ainda:

Art. 222. É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237⁵³⁷, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.

§ 1º e § 2º (Revogado pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

Finalmente, o art. 175, § 3º, do CE, segundo o qual “serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados”, possibilita a realização de novas eleições na hipótese de a Justiça Eleitoral confirmar o indeferimento do pedido de registro de candidato que concorra *sub judice*.

A propósito, a Lei 12.034/2009 inseriu à Lei das Eleições o art. 16-A, que assim preceitua:

Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja *sub judice* no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato. (destacou-se)

Nesse caso, a validade do voto ficará condicionada à confirmação do registro de candidatura, podendo resultar na realização de novas eleições caso a confirmação da nulidade, nas eleições majoritárias, por exemplo, exceda 50% dos votos válidos.

Nota-se, portanto, que os mecanismos de deslegitimação do pleito são aqueles fixados no Código Eleitoral, motivo pelo qual a declaração de nulidade prevista no art. 224 do CE não diz respeito à situação em que o eleitor decidiu votar em branco ou nulo no dia das eleições.

Desse modo, firma-se a premissa de que o atual sistema eleitoral brasileiro não considera, para invalidação e anulação de determinado

⁵³⁷ Art. 237. A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos. [...]

pleito, a contagem dos votos brancos e nulos registrados nas urnas, muito menos permite somá-los aos anulados posteriormente ao pleito por alguma daquelas hipóteses previstas no Código Eleitoral.

Nessa linha, Thales Tácito, em sua obra *Tratado de Direito Eleitoral*⁵³⁸, confirma:

[...] votos anulados pelo eleitor não anulam a eleição, pois esta somente se anula por fraude dos arts. 222 e 223 do CE. Portanto, nulidade do voto é diferente de nulidade da eleição, segundo o TSE [...] (destacou-se)

Para o autor, nulidade do voto – voto não destinado a candidato ou a partido político – não equivale à nulidade da eleição decorrente de causas expressas no Código Eleitoral.

No contexto, *Olivar Coneglian*⁵³⁹ ensina:

Uma maioria de votos em branco ou nulos, ou uma maioria, mesmo que absoluta, de votos em branco, não significa nada do ponto de vista legal (apesar do profundo significado político!) e não se presta para anular qualquer eleição.

[...] numa determinada cidade, o povo se revolta com os candidatos, e passa a votar em branco ou a anular o voto. Na contagem final, observa-se que mais da metade dos votos foi anulada. Nesse caso, a votação foi válida, embora cada voto tenha sido anulado pelo eleitor. Então não se anula a eleição. (destacou-se)

Assim, não há previsão na legislação brasileira que fundamente a anulação de uma eleição na hipótese de os votos brancos somados aos nulos superarem 50% do total de votos válidos (nominais ou de legenda), tampouco foram encontrados registros de que algum caso dessa natureza tenha sido submetido à apreciação do TSE.

Todavia, ainda que no campo legal não se encontre fundamento, é certo que a matéria contém profundo significado político e sociológico.

⁵³⁸ CERQUEIRA, Thales Tácito, CERQUEIRA, Camila Medeiros. *Tratado de direito eleitoral*. Tomo I. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 514.

⁵³⁹ CONEGLIAN, Olivar. *Lei das eleições comentada*. 5. Ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 20 e 21.

4 Votos brancos e nulos: considerações gerais

4.1 Os votos brancos e nulos: categoria dos votos inválidos

Nos termos do art. 77 da CF/88 e dos arts. 2º e 5º Lei 9.504/97⁵⁴⁰, votos válidos são aqueles dados a um dos candidatos (chamados nominais) e os destinados a um partido político (chamados de legenda), excluídos, portanto, os brancos e os nulos.

Em sua definição, o voto em branco é aquele que não se dirige a qualquer candidato entre os que disputam as eleições. São considerados, portanto, votos estéreis, por não produzirem frutos.

Os votos nulos, por sua vez, são aqueles que – somados aos votos em branco – compõem a categoria dos votos estéreis, inválidos ou, como denominou o TSE, votos apolíticos.

Logo, os votos em branco e nulos são votos que, a princípio, não produzem resultado nem influenciam no resultado do pleito.

O eleitor vota nulo quando registra – na urna eletrônica – número incorreto que não corresponde a qualquer dos candidatos apresentados naquele pleito, ou quando – ao votar em cédula de papel – escreve o nome de candidato inexistente ou não identificável.

Já para aquele que deseja votar em branco, basta entregar a cédula em branco ou teclar na própria urna eletrônica a opção do voto em branco.

Reforça-se que, para este estudo, os votos brancos e nulos são tratados como pertencentes à mesma categoria, a dos votos estéreis/inválidos, ainda que tenham motivações diversificadas, afinal, o próprio art. 2º da Lei das Eleições, ao excluí-los da contagem dos votos válidos, considerou-os inválidos.

⁵⁴⁰ Art. 2º Será considerado eleito o candidato a presidente ou a governador que obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos. [...]

Art. 5º Nas eleições proporcionais, contam-se como válidos apenas os votos dados a candidatos regularmente inscritos e às legendas partidárias.

Walter Costa Porto – em sua obra *Dicionário do Voto* – esclarece, ao conceituar voto em branco, que estes, juntamente com os nulos, compõem categoria de votos estéreis:

[Voto em branco é] O VOTO QUE NÃO É DADO a qualquer candidato entre os que concorrem a uma eleição; que *não expressa qualquer preferência. Compõe, com o voto nulo (v. VOTO NULO) o conjunto dos votos estéreis*⁵⁴¹ (destacado)

O autor continua:

Em um escrutínio, pode-se distinguir entre votos emitidos e votos dados a candidaturas. A diferença entre essas cifras, diz Bobillo, é precisamente a quantidade que constitui o conjunto de *votos infecundos ou estéreis. Esses votos estéreis compreendem, então, os votos nulos (v. VOTO NULO) e os em branco (v. VOTOS EM BRANCO)*⁵⁴² (destacado)

Muito se discutiu a respeito da diferença e validade desses votos, havendo quem os diferenciasse ao considerar que o eleitor, ao votar em branco, estaria demonstrando rejeição aos partidos políticos ou aos candidatos que concorriam ao pleito, enquanto o voto nulo representaria a incapacidade do eleitor no momento de votar⁵⁴³.

Tito Costa⁵⁴⁴ – em seu artigo *A propósito de votos em branco e votos nulos em eleições proporcionais e majoritárias* – argumentou que os votos em branco representam legítima manifestação dos eleitores que, de fato, compareceram às urnas, uma vez que contam-se os votantes, e não os votos: “*Voto em branco não é o mesmo que voto nulo. Quem votou em branco, compareceu à votação; quem votou nulo é como se não tivesse comparecido, pois o nulo é inexistente, é nada.*”

Data venia, não há que se considerar convincente o critério adotado por Tito Costa, pois o eleitor que votou nulo também compareceu à votação.

⁵⁴¹ PORTO, Walter Costa. *Dicionário do Voto*. Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 443.

⁵⁴² Idem, ibidem, p. 445.

⁵⁴³ CONEGLIAN, Olivar. *Lei das eleições comentada*. 5. Ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 21.

⁵⁴⁴ COSTA, Tito. A propósito de votos em branco e votos nulos em eleições proporcionais e majoritárias. *Revista Estudos Eleitorais*. Brasília: TSE, v. 1, n. 1, 1997, p. 132.

Ainda no tocante à diferenciação entre voto em branco e nulo, dispôs José Edvaldo Pereira Sales, no artigo *Votos nulos, nulidade da eleição e nova eleição*⁵⁴⁵:

Votos em branco, por pura tautologia, são aqueles em que o eleitor entrega a cédula em branco ou manifesta essa vontade em tecla própria na urna eletrônica. Já os nulos são aqueles atribuídos a candidatos ou legendas partidárias inexistentes. Não há tecla específica na urna eletrônica para o voto nulo. (destacou-se)

Enquanto o autor mencionado distinguiu os votos pelo critério da existência de tecla própria para voto em branco e entrega de cédula em branco, o TSE⁵⁴⁶, em voto proferido pelo ministro José Delgado, esclareceu:

21. O Min. Ilmar Galvão, ao proferir voto no RE-STF no 140.460-4/DF, de 19.5.93, confirmou o tratamento diferenciado dado ao voto em branco e ao voto nulo:

‘O voto em branco, que constitui manifestação de vontade política do eleitor, não se qualifica como voto indireto. O cidadão, ao votar em branco, exterioriza, na concreção desse gesto, uma inequívoca manifestação, ainda que negativa, de vontade. O voto em branco não se reduz, desse modo, à noção de voto nulo. [...]’ (destacou-se)

Desse modo, o TSE – no julgamento mencionado – compreendeu que o voto em branco exprime sufrágio, pois o eleitor que decide votar em branco manifesta vontade política, o que não acontece com o voto nulo.

Não obstante as ponderações transcritas, pode-se afirmar que a diferenciação dada anteriormente não mais prevalece, estando ambos os votos – brancos e nulos – na mesma categoria: a dos votos inválidos⁵⁴⁷.

O eleitor que, ao comparecer às urnas no dia das eleições, vota em branco ou nulo, pode fazê-lo por diversas razões, tais como: (1) indiferença; (2) alheamento eleitoral; (3) erro no momento da digitação; (4) apatia política; ou, ainda (5) protesto diante da insatisfação do quadro político que se estabelece em um determinado país, estado ou município.

⁵⁴⁵ SALES, José Edvaldo Pereira. *Votos nulos, nulidade da eleição e nova eleição*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11506/votos-nulos-nulidade-da-eleicao-e-nova-eleicao>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

⁵⁴⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição 1.869/DF. Relator: Min. José Delgado. Brasília, DF, 25/9/2006.

⁵⁴⁷ “O cientista político Cristiano Noronha explica que até 1997, havia distinção entre voto branco e voto nulo, mas isso mudou com a nova lei eleitoral. Agora, votos brancos e votos nulos são excluídos da contagem” (Câmara dos Deputados. *Votos brancos e nulos diminuem legitimidade da eleição, diz TSE*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/tv/materias/ELEICOES-2010/190286-VOTOS-BRANCOS-E-NULOS-DIMINUEM-LEGITIMIDADE-DA-ELEICAO%2C-DIZ-TSE.html>>. Acesso em: 24 fev. 2011).

Esses motivos podem embasar tanto a postura dos que votam em branco quanto a dos que votam nulo, pois o resultado final é o mesmo: invalidar o voto.

Assim sendo, não se entende razoável diferenciar o voto em branco do voto nulo por um critério técnico quanto ao significado da palavra, haja vista, em ambos os casos, os eleitores terem comparecido, de fato, para votação; todavia, posicionaram-se, igualmente, de modo a não escolher qualquer dos candidatos ou partidos apresentados naquele pleito. Logo, deve-se considerar a essência do ato, a sua real motivação, que é a invalidação.

Durante a ditadura militar no Brasil (1964-1989), o número de votos brancos e nulos nas eleições para os cargos legislativos nas eleições de 1966 foi bastante alto: aproximadamente 20% (vinte por cento), sendo que, nas eleições de 1970, esse número subiu para cerca de 30% (trinta por cento).⁵⁴⁸

Naquela época, pode-se dizer que tanto os votos brancos quanto os votos nulos refletiram, igualmente, uma insatisfação contra o próprio sistema político que se apresentava no Brasil.

Em regra, é evidente que não se sabe, ao certo, a razão que motiva cada eleitor a votar em branco ou nulo, entretanto, em ambos os casos, não há dúvida quanto à invalidade do voto por eles dado. Resta analisar se esta invalidade deve ser considerada manifestação legítima no Estado Democrático de Direito a ponto, inclusive, de invalidar a própria eleição.

4.2 Aproveitamento dos votos brancos e nulos nas eleições brasileiras

Conforme já mencionado, não há registros, na legislação do Brasil, de que em algum momento os votos nulos tenham sido computados como votos válidos.

⁵⁴⁸ CODATO, Adriano. Comportamento político e formas de protesto eleitoral: o voto nulo no Brasil e no Paraná. *Paraná Eleitoral*. Curitiba, n. 62, p. 67, out./dez. 2006.

Todavia, o mesmo não se pode dizer dos votos em branco, que sempre foram considerados para definição do quociente eleitoral nas eleições proporcionais, até o advento da Lei 9.504/97, publicada em 1º/10/1997.

O parágrafo único do art. 106 do CE considerava, expressamente, o voto em branco como válido para determinação do quociente eleitoral nas eleições proporcionais: “contam-se como válidos os votos em branco para determinação do quociente eleitoral”.

Contudo, a nova regra, trazida pelo art. 5º da Lei Eleitoral, revogou o texto ao estabelecer o seguinte: “nas eleições proporcionais, contam-se como válidos apenas os votos dados a candidatos regularmente inscritos e às legendas partidárias”.

Assim, para as eleições proporcionais, passou-se a considerar votos válidos aqueles dados aos candidatos regularmente inscritos e às legendas partidárias.

À época em que os votos em brancos eram considerados válidos para definição do quociente eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral manifestou-se pela constitucionalidade do parágrafo único do art. 106, consignando que aqueles votos representavam manifestação de vontade do eleitor. Confira-se:

8. Apesar das doutas opiniões em contrário, penso que os votos em branco constituem indiscutivelmente manifestação de vontade política do eleitor, expressão de seus direitos políticos e da soberania popular assegurados pela Constituição e devem, portanto, ser considerados para fins de cálculo do quociente eleitoral [...] ⁵⁴⁹ (destacou-se)

O artigo 106, parágrafo único, do CE, e a compreensão acerca da diferença entre o voto em branco e o voto nulo justificavam a aceitação daquele para a definição do quociente eleitoral.

Os defensores do cômputo dos votos em branco para o cálculo do quociente eleitoral argumentavam que as eleições proporcionais sempre tiveram tratamento diferenciado das eleições majoritárias e, portanto, com

⁵⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral 9.277/MT. Relator: Min. Antônio Vilas Boas. Brasília, DF, 19/12/90. No mesmo sentido: RCED 427/PI, Rel. Min. Célio Borja. Brasília, DF, 5/3/91.

o advento da Constituição Federal de 1988, não havia por que estender a compreensão adotada no seu art. 77 para o cálculo do quociente eleitoral.

Sabe-se, também, que, no tocante ao pleito majoritário, a antiga legislação eleitoral (art. 9º da Lei 4.109/62⁵⁵⁰) permitia a soma dos votos em branco (então considerados válidos) aos votos anulados judicialmente para efeito de realização de novas eleições, com fundamento no *caput* do art. 125 do antigo Código Eleitoral de 1950⁵⁵¹.

Transcreve-se jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral nesse sentido:

*O art. 9º, da Lei nº 4.109, determina que nas eleições majoritárias, os votos em branco sejam adicionados aos votos anulados, para os efeitos do art. 125 do Código eleitoral. Mas é preciso lembrar que a cédula unida, de agora, contém vários nomes, para várias eleições e que o eleitor vai votar em dois candidatos que serão igualmente eleitos.*⁵⁵² (destacou-se)

Mais:

O art. 9º da Lei 4.109, estabelecendo que *os votos em branco nas eleições majoritárias – serão adicionados aos votos anulados, para os efeitos do art. 125* acima transcrito, não podia alterar, como não alterou, a norma consubstanciada no parágrafo único do art. 56 do Código Eleitoral.

*O voto em branco não passou a ser voto nulo como afirma o recorrente. Passou, apenas, a ser adicionado ao voto nulo, nas eleições majoritárias e tão somente para os efeitos do art. 125 do Código Eleitoral.*⁵⁵³ (destacou-se)

Todavia, esse entendimento ficou superado com a entrada em vigor do Código Eleitoral de 1965, o que se confirma pelo posicionamento adotado por aquela Corte Eleitoral no julgamento do MS 601/83⁵⁵⁴:

⁵⁵⁰ Art. 9º Para os efeitos do art. 125 do Código Eleitoral, os votos em branco, nas eleições majoritárias, serão adicionados aos votos anulados.

Parágrafo único. Na hipótese de renovação do pleito (Código Eleitoral, art. 125), será reaberto o prazo para registro de novos candidatos. (destacado)

⁵⁵¹ Art. 125. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos de uma circunscrição eleitoral, nas eleições federais e estaduais, ou de um município ou distrito nas eleições municipais ou distritais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal Regional marcará dia para nova eleição, dentro do prazo de 20 a 40 dias.

⁵⁵² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Contra Expedição de Diploma 170/MG. Relator: Min. Décio Meirelles de Miranda. Brasília, DF, 14/12/1962.

⁵⁵³ _____. Recurso Contra Expedição de Diploma 178/MG. Relator: Min. Vasco Henrique D'Ávila. Brasília, DF, 5/12/1963.

⁵⁵⁴ _____. Mandado de Segurança 601/MG. Relator designado: Min. José Guilherme Villela. Brasília, DF, 17/5/1983.

Essa colocação não subsistiu, no entanto, ao Código de 1965, que considerou votos válidos os votos em branco (art. 106, parágrafo único) e só mandou computar os nulos para os efeitos da nulidade da eleição no caso do art. 224. (destacou-se)

Nessa mesma decisão, determinou-se a anulação das eleições no município de Capelinha/MG e a realização de novo pleito (art. 224 do CE), sob o argumento de que os votos confirmados como nulos, em razão do art. 175, § 3º. (candidatos não registrados), somados aos votos nulos (“propriamente ditos”), superaram o total de votos válidos.

Percebe-se que – naquela época – o TSE não fazia distinção entre voto anulável e voto nulo decorrente de manifestação apolítica ou erro do eleitor, compreendendo ambos na categoria de votos nulos, simplesmente.

Tecer comentário a respeito dessa questão – ainda que não corresponda ao atual entendimento do TSE – é de relevante importância para este estudo, haja vista que não se pode ignorar que houve um momento em que os votos em branco eram considerados manifestação válida do eleitor. Com isso, percebe-se que o Direito não é algo estático, que não possa ser repensado.

5 A importância do voto como manifestação legítima no Estado Democrático de Direito: democracia, soberania popular e legitimidade das eleições

Diante das considerações apresentadas neste estudo, pode-se afirmar que uma maioria de votos nulos e brancos expressam nítida insatisfação social, podendo – caso sejam ignorados – enfraquecer a soberania popular, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

No entanto, reforçando afirmação feita em capítulo anterior, o nosso sistema eleitoral – sob o aspecto legal – não prevê a possibilidade de anulação de determinada eleição nos casos em que os votos brancos e nulos totalizarem mais de 50% dos votos válidos, sendo, portanto, “irrelevante para a validade de certa eleição se grande número de eleitores, mesmo que a maioria, manifeste a vontade nas urnas através do voto nulo”⁵⁵⁵.

⁵⁵⁵ SALES, José Edvaldo Pereira. *Votos nulos, nulidade da eleição e nova eleição*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11506/votos-nulos-nulidade-da-eleicao-e-nova-eleicao>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

Desse modo, o TSE consagrou votos válidos ou férteis aqueles obtidos por candidato e computados na eleição, ou seja, aqueles que refletem a vontade política orientada à escolha de um mandatário de cargo eletivo, dos quais se excluem os nulos e os brancos.

Nessa linha, são os trechos de decisões proferidas por aquela Corte Superior. Confira-se:

Anoto que na Consulta nº 1.657, o Tribunal decidiu que "os votos dados a candidatos cujos registros encontravam-se sub judice, tendo sido confirmados como nulos, não se somam, para fins de novas eleições (art. 224, CE), aos votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor".

Em face dessa orientação do Tribunal - diferenciando os votos em questão - tenho que, conforme reiterados precedentes, *a incidência do art. 224 do Código Eleitoral - que dispõe "se a nulidade atingir a mais da metade dos votos (...) - deve ser aferida tendo em conta a votação válida - relativa aos votos atribuídos efetivamente a candidatos - e não sobre o total de votos apurados, a incluir nulos e em brancos.*

Ademais, o referido art. 224 do Código Eleitoral está inserido no capítulo de nulidades de votação, sendo certo que elas se referem àquelas descritas nos arts. 220 a 222 do Código Eleitoral, além daquelas decorrentes do indeferimento do registro de candidatos, em face do disposto no art. 175, § 3º, do Código Eleitoral.

Não há, portanto, como incluir os votos nulos e brancos para cálculo da validade da votação, por ausência de previsão legal.⁵⁵⁶ (destacou-se)

Ainda:

Percebe-se de pronto que os *votos nulos não se confundem com os anuláveis, a priori tidos como válidos*, mas dados a candidato que se vale de captação ilícita ou abuso do poder político e econômico durante o processo eleitoral.

Nesse sentido, *a jurisprudência do TSE consagrou como votos válidos, ou férteis, na acepção da doutrina transcrita, mas suscetíveis à anulação posterior, em decorrência da aplicação do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, aqueles obtidos por candidato e computados na eleição. A toda evidência, tais votos refletem vontade política orientada à escolha de um mandatário de cargo eletivo. Não se incluem, in casu, o universo de votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor, seja ela deliberada ou decorrente de erro.⁵⁵⁷ (destacou-se)*

⁵⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-RMS 665/RS. Relator: Min. Arnaldo Versiani. Brasília, DF, 2/6/2009.

⁵⁵⁷ _____. Respe 25.937/BA. Relator: Min. José Delgado. Brasília, DF, 17/8/2006.

Portanto, votação válida – na compreensão do TSE – é aquela cujos votos foram atribuídos efetivamente a candidatos ou a legenda partidária, excluindo-se os nulos e os brancos.

Constata-se que, além de não serem aceitos como válidos, os votos nulos e brancos, denominados apolíticos pela Corte Eleitoral, atualmente não se somam aos votos anuláveis para o fim de examinar a validade das eleições, ou seja, não os votos estéreis não se somam àqueles anulados posteriormente por decisão judicial, sobretudo em razão de terem premissas diferentes⁵⁵⁸.

Nessa seara, existem estudiosos que se expressam em convergência com o entendimento firmado pelo TSE, acrescentando que o voto é o reflexo de uma sociedade politicamente madura e organizada, e os votos brancos e nulos consistem em desserviço social.

Paulo Bonavides posiciona-se nesse sentido⁵⁵⁹:

Em rigor, o voto em branco, ferindo esse princípio, equivale a um voto nulo, por não exprimir sufrágio; se o admitíssemos em pé de igualdade com o voto verdadeiramente válido, a saber, o voto expresso, o voto nominal, acometido mortalmente ficaria o princípio da representação proporcional, o qual exige que cada voto tenha não apenas uma igualdade numérica, senão uma igualdade de eficácia. (destacou-se)

Para o autor, os votos brancos e nulos não estão revestidos de eficácia, visto que não exprimem sufrágio e, portanto, são inválidos.

Do mesmo modo, o ministro Marco Aurélio de Melo, à época presidente do TSE, manifestou-se contrariamente ao voto nulo:

Mello disse também que os eleitores brasileiros não deveriam escolher o voto nulo como forma de protestar contra os recentes escândalos políticos, envolvendo integrantes do Executivo e do Legislativo. “O voto nulo é um desserviço à sociedade”, afirmou. “O direito ao voto é para ser exercitado de forma consciente”, declarou. “Se a Constituição prevê o voto obrigatório, não é, evidentemente, o voto que equivale a zero. É o voto que possa influenciar na escolha”, disse.⁵⁶⁰ (destacou-se)

⁵⁵⁸ Essa compreensão foi firmada por ocasião do julgamento de consulta formulada pelo presidente do TRE/PI recebida no TSE como Processo Administrativo 20.159/2008. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 19/12/2008.

⁵⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. A Constituição e a invalidade do voto em branco. *Revista Estudos Eleitorais*. Brasília: TSE, v. 1, n. 1, 1997, p.112.

⁵⁶⁰ Tribunal do Norte. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/reforma-eleitoral-deve-ser-adiada/10144>>. Acesso em: 28 fev. 2011.

Percebe-se que – para o ministro Marco Aurélio – o voto consciente – revestido de influência – é aquele destinado a um dos candidatos registrados, enquanto que o voto nulo consiste em um desserviço social.

Na mesma linha de entendimento, o jornalista Oliveira Dimas definiu o voto nulo ou apolítico como “imprestável”. Confira-se:

O maior poder na democracia está no voto válido na mão do cidadão consciente de seu direito. É importante estabelecer uma realidade definitiva: *o voto anulado pelo eleitor por desatenção, pouco conhecimento da urna eletrônica, lapso na digitação do número de seu candidato ou intencionalmente errado, gera o chamado voto nulo ou voto apolítico, que é absolutamente imprestável sob qualquer aspecto, de vez que não gera consequência política.*⁵⁶¹ (destacou-se)

Data venia, não há que se concordar com os posicionamentos citados, sobretudo em razão de a obrigatoriedade se referir ao comparecimento às urnas – no dia da votação –, não existindo lei que imponha ao eleitor a escolha de um dos candidatos concorrentes ao pleito.

Ademais, como mencionado, o voto é o exercício da soberania popular, a mais pura expressão da democracia que, no seu conceito clássico, compreende a vontade popular que determinará o futuro político de determinada sociedade.

Logo, a importância do voto está diretamente ligada à participação de cada cidadão no contexto político do seu país, seja ele dado a um dos candidatos participantes de uma eleição ou invalidados, como forma de demonstrar insatisfação social com o sistema político vigente. É o que pondera Renato César Carneiro⁵⁶²:

Não é raro, no dia da eleição, encontrar na fila de votação um eleitor mal-humorado e apressado para cumprir sua obrigação de votar. *O eleitor que faz opção pelo voto branco ou nulo não se insere na categoria do analfabeto político de que trata o poeta alemão Bertold Brecht. Pelo contrário, ele participa efetivamente do processo político*

⁵⁶¹ DIMAS, Oliveira. Blog Demais. *A verdade sobre o voto nulo*. Disponível em: <<http://oliveiradimas.blogspot.com/2010/07/verdade-sobre-o-voto-nulo.html>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

⁵⁶² CARNEIRO, Renato César. Os votos brancos e nulos como atos de desobediência civil. *Revista de julgados*. Paraíba: TRE. v. único, n. 8, 2004, p. 45.

manifestando a sua repulsa com o sistema político-jurídico vigente. (destacou-se)

A democracia permite ao eleitor essa participação, podendo ele exercê-la por meio do sufrágio, seja para escolher um dos candidatos apresentados, seja para se manifestar pela rejeição de todos eles.

Assim, os votos brancos e nulos – especialmente na qualidade de voto de protesto e de insatisfação com o quadro político e social – deveriam ser considerados como manifestação legítima do eleitorado e, por conseguinte, para efeitos de invalidação de determinado pleito majoritário, quando sua porcentagem atingir mais de 50% dos votos válidos dados a candidatos.

A respeito do significado do voto e seu valor, Oligar Coneglian⁵⁶³ menciona:

Embora a anulação do voto não seja a melhor via a ser seguida em uma sociedade madura e politizada, não se pode deixar de reconhecer que constitui relevante instrumento de protesto. Um alto índice de votos nulos revela o descontentamento do povo com a classe política. (destacou-se)

O posicionamento mencionado é coerente, pois não há como desconsiderar o voto nulo – e também o branco – como instrumento de protesto e reflexo da insatisfação social, sobretudo porque tais votos “representam uma escolha política como qualquer outra. Não votar pode alterar o resultado final e, dessa forma, é participar do processo”⁵⁶⁴.

Paola Novaes Ramos, em sua publicação *Alheamento eleitoral: reflexões sobre o significado de votos em branco, votos nulos e abstenções na teoria política contemporânea*, inseriu os votos brancos e nulos na categoria do *alheamento eleitoral*, que para ela significa “a manifestação, em uma eleição, de indivíduos que não escolhem um representante político para exercer o poder”⁵⁶⁵. No contexto, acrescentou:

⁵⁶³ CONEGLIAN, Oligar. *Lei das eleições comentada*. 5. Ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 44.

⁵⁶⁴ GICO JÚNIOR, Ivo. *Liberdade do voto*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11813/liberdade-de-voto>>. Acesso em: 20 set. 2010.

⁵⁶⁵ RAMOS, Paola Novaes. *Alheamento eleitoral: reflexões sobre o significado de votos em branco, votos nulos e abstenções na teoria política contemporânea*. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/viewFile/3356/2739>>. Acesso em: 7 out. 2010.

É igualmente importante diferenciar ‘alheamento eleitoral’ de ‘alheamento político’, pois a política é ampla e não se restringe às eleições. *A decisão por não escolher um candidato nas eleições não necessariamente corresponde a uma ausência de engajamento político, pois o alheamento eleitoral, se motivado por protesto contra o sistema (bastante comum entre os anarquistas), contrapõe-se à ideia de alheamento político.*

Uma última questão a ser esclarecida é a diferença entre alheamento eleitoral e ausência de participação política ou ainda não-participação eleitoral. *O voto em branco e o voto nulo são englobados pelo conceito de alheamento eleitoral e ao mesmo tempo não significam uma não-participação, pois ambos se efetivam por meio do comparecimento às urnas. Desta forma, a ausência de decisão não equivale à ausência de participação.* (destacou-se)

À luz deste estudo, pode-se confirmar a ideia de que os votos brancos e nulos expressam, em regra, uma vontade do eleitor contextualizada em um engajamento político, entendimento esse robustecido pela ideia de que a obrigatoriedade está no comparecimento às urnas, e não na escolha do candidato.

Em vista dessa proposta, é questionável considerar-se legítima determinada eleição que proclama eleito candidato ainda que mais de 50% dos votos não tenham se destinado a escolher os nomes apresentados para eleição, ou seja, hipótese em que mais de 50% dos votantes tenham votado nulo ou em branco.

Nesse caso, entende-se que não tenha sido respeitado o princípio da democracia representativa e, por conseguinte, a soberania popular.

A propósito, Carneiro⁵⁶⁶ fez a seguinte reflexão:

Adotando-se o conceito clássico de Democracia proposto por vários autores, segundo o qual a *Democracia é o princípio pelo qual a maioria reina no Estado e, por isso, preconiza o princípio majoritário em razão de ser impossível a unanimidade*, adotou-se o critério da maioria por razões de ordem prática como forma de escolha daqueles que representariam a “vontade geral”. (destacado)

⁵⁶⁶ CARNEIRO, Renato César. Os votos brancos e nulos como atos de desobediência civil. *Revista de julgados*. Paraíba: TRE. v. único, n. 8, 2004, p. 40.

Ignorar a manifestação daqueles que decidiram votar em branco ou anular o voto no comparecimento às urnas pode não ser causa, por si só, de deslegitimação, mas certamente é fator capaz de enfraquecer a legitimidade do pleito.

No tocante à legitimidade das eleições em relação ao número de votos brancos e nulos, o TSE aduziu que, ao deixar de escolher um dos candidatos apresentados em determinado pleito, o eleitor contribui para a diminuição da legitimidade daquela eleição. Transcreve-se:

Os votos nulos ou brancos interferem no resultado de uma eleição?

No resultado das eleições não, porque os votos brancos ou nulos não fazem mais parte dos cálculos eleitorais.

Entretanto, *é importante considerar que esses votos contribuem para a menor legitimidade de uma eleição*. Isso implica dizer que, em uma eleição, seja ela majoritária ou proporcional, *quanto maior o número de votos nulos e brancos, menor a necessidade de votos válidos para que um candidato seja eleito*.⁵⁶⁷ (destacou-se)

Acerca de legitimidade das eleições, ensina José Jairo Gomes⁵⁶⁸ que “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” (destacou-se).

O autor continua:

Hodiernamente, dúvida não há de que *a legitimidade do exercício do poder estatal por parte de autoridades públicas decorre da escolha levada a cabo pelo povo*. Em uma sociedade verdadeiramente democrática, os governados *é que elegem seus governantes, reconhecendo-os como autoridades investidas de poder político*. Essa escolha deve ser feita em processo pautado por uma disputa limpa, isenta de vícios, corrupção ou fraude. A escolha é sempre fruto do consenso popular, que, de certa maneira, homologa os nomes dos candidatos, consentindo que exerçam o poder político-estatal.⁵⁶⁹ (destacou-se)

⁵⁶⁷ Boletim Informativo da Escola Judiciária Eleitoral do TSE. *Votos válidos, nulos e brancos*. Eleições 2010. n. 15, 20 set. 2010.

⁵⁶⁸ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. Ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 45.

⁵⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 45.

Considerando que a legitimidade é o resultado da escolha dos eleitores que – pautados na soberania popular – expressam a sua vontade, reforça-se não haver coerência em legitimar um pleito majoritário em que, por exemplo, mais de 50% dos votos dados forem nulos e brancos e excluídos do cálculo eleitoral, haja vista que não estaria sendo respeitada a democracia, isto é, a participação da maioria do eleitorado na escolha de seu governante.

A esse respeito, Renato César Carneiro⁵⁷⁰ conclui:

Diante desse quadro, considero legítimo, e não poderia ser diferente, visto que se trata de manifestação popular, o grande número de votos nulos e brancos nas eleições brasileiras, o que demonstra claramente a insatisfação com a representação política e com o sistema jurídico eleitoral vigente. (destacou-se)

Na hipótese de se alcançar – em uma eleição majoritária – um considerável número de votos nulos e brancos, haverá, no mínimo, que se repensar os sistemas políticos e jurídicos vigentes no Brasil.

Como complemento a essa ideia, extrai-se ponderação de absoluta pertinência em voto proferido pelo ministro Carlos Ayres Britto⁵⁷¹ por ocasião do julgamento do PA nº 20.159/PI. Confira-se:

Uma outra opção: as duas categorias de votos nulos [apolíticos e anuláveis] não se somam, já foi dito. Hão de ser consideradas de per se. Mas se qualquer delas, sozinha, alcança 50% mais um dos votos, então é de se convocar nova eleição. Isto para que nenhum candidato a chefe do Poder Executivo se eleja contra a deliberada vontade soberana do corpo eleitoral de uma dada circunscrição federada. Com o que, reitero, conciliam-se os princípios da democracia (a pressupor a majoritariedade) e da soberania popular (a exigir o respeito à vontade soberana do eleitor). (destacou-se)

O argumento mencionado fortalece a proposta em debate. Contudo, não se identificou nenhum caso nas eleições brasileiras em que mais de 50% dos votos tenham sido invalidados pelos eleitores (brancos e nulos), podendo-se dizer que a inexistência de ocorrências dessa natureza tenha por motivo principal a ausência de divulgação de informações esclarecedoras

⁵⁷⁰ CARNEIRO, Renato César. Os votos brancos e nulos como atos de desobediência civil. *Revista de julgados*. Paraíba: TRE. v. único, n. 8, 2004, p. 46.

⁵⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo Administrativo 20.159/PI. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 19/12/2008.

à sociedade, especialmente pelo posicionamento da Justiça Eleitoral em divulgar os votos brancos e nulos como votos desprovidos de vontade e, portanto, que não expressam escolha.

De outra parte, considerou-se a possibilidade de os votos em branco – à época, considerados manifestação legítima da vontade do eleitor – serem computados para cálculo das eleições majoritárias, e não apenas para as proporcionais:

14. Assim, se os votos em branco são válidos, no sentido dado pelo art. 106, parágrafo único do Código Eleitoral – porque são expressão da vontade política do eleitor – deveriam em tese ser sempre computados em quaisquer eleições, e não apenas nas eleições proporcionais.

15. Na verdade, a razão pela qual os votos em branco não são computados nas eleições majoritárias para Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais, é unicamente, a nosso ver, a existência de norma expressa na Constituição excluindo tais votos do cômputo da maioria absoluta de votos, necessária para considerar eleito no primeiro turno um dos candidatos (Constituição Federal, arts. 77, § 2º, 28 e 29, II).⁵⁷² (destacou-se)

A questão, como se percebe, encontrou óbice no art. 77 da CF/88. Assim, o que torna legítimo no atual ordenamento jurídico a exclusão dos votos brancos e nulos do cômputo dos votos válidos é a expressa disposição legal a esse respeito (art. 77 da CF/88 e arts. 2º e 5º da Lei 9.504/97).

Finalmente, analisando-se a questão sob outro ângulo, vale mencionar a tese apresentada pelo ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento RMS 23.234/AM em 2/10/1998 (Supremo Tribunal Federal).

Confirmou-se, naquele momento, a anulação das eleições no município de Tabatinga/AM após constatar-se que os votos nulos somados aos votos posteriormente anulados pela Justiça Eleitoral (art. 175, § 3º, do CE) superaram 50% dos votos dados aos demais candidatos devidamente registrados.

Naquela oportunidade, sustentou-se a existência de dois momentos distintos no processo eleitoral: 1º) verificação da validade das eleições

⁵⁷² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral 9.277/MT. Relator: Min. Antônio Vilas Boas. Brasília, DF, 19/12/90. No mesmo sentido: RCEd 427/Pl. Relator: Min. Célio Borja. Brasília, DF, 5/3/91.

(art. 224 do Código Eleitoral); e 2º) proclamação dos eleitos (art. 77, § 2º, da Constituição Federal), analisada em um segundo momento, após a confirmação da validade das eleições.

Para melhor elucidação da tese, transcreve-se trecho do *decisum*:

Esse precedente serviu de lastro, no acórdão recorrido, ao voto-condutor do em. Ministro Eduardo Ribeiro, que – antes de transcrever e endossar o meu voto nele exarado – sintetizou, com exatidão, a tese então prevalecente – f. 210:

“O tema de fundo que se apresenta no presente pedido de segurança diz com a alegação de que não recebido o disposto no citado artigo 224 pela vigente Constituição, mais especificamente por seu artigo 77, § 2º.

Não obstante, o brilho com que expostas as razões dos impetrantes, considero que não podem prosperar.

As matérias reguladas em um e outro dispositivo são perfeitamente distintas. A norma do Código Eleitoral diz com a validade (rectius, eficácia) das eleições. Para que haja candidatos eleitos, será mister que os votos nulos não superem a metade do total. Outro passo será de saber quem foi eleito e disso cuida a disposição constitucional. Tratando-se de Presidente da República, assim como por força dos artigos 28 e 29, II, de Governador ou Prefeito, esse último de cidade com mais de duzentos mil eleitores, só se considerará eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta de votos, não considerados os nulos e os em branco.

Vê-se que, havendo maioria de votos nulos, far-se-ão novas eleições. Isso não ocorrendo, cuidar-se-á de verificar se houve ou não maioria absoluta, quando exigível. Nessa fase não serão considerados os votos nulos que, por suposto, não terão superado a metade, pois, quando tal ocorra, nem se passa a essa segunda fase.” (destacou-se)

A ponderação é relevante, em especial porque considera que a proclamação dos eleitos somente poderá ser realizada após a confirmação da validade das eleições.

Desse modo, pode-se inferir que, em um município no qual mais de 50% dos eleitores decidiu votar em branco ou anular o seu voto, deve ser reconhecida a invalidade das eleições, atraindo a incidência do art. 224 do CE, e, portanto, não se prossegue para a fase seguinte, a da proclamação do eleito (art. 77 da CF/88).

Logo, seja pela não observância do princípio da soberania popular, seja pela tese segundo a qual se proclama o eleito após a constatação da

validade das eleições, ou por ambas, torna-se consistente a possibilidade de se repensar e reavaliar a invalidação dos votos brancos e nulos, a partir de uma profunda e persistente manifestação social frente aos poderes Legislativo e Judiciário.

6 Considerações finais

Conclui-se que, nos termos da legislação brasileira vigente, uma eleição somente poderá ser anulada de acordo com o que dispõem os arts. 220, 221, 222 e 175, § 3º, do CE, e que, para ser proclamado eleito, o candidato ao cargo majoritário do Poder Executivo deve alcançar a maioria dos votos válidos, dos quais se excluem os votos em branco e os nulos, consoante estabelece o art. 77 da CF/88.

Pode-se dizer que, no sistema eleitoral brasileiro, não há ilegitimidade do ponto de vista legal na desconsideração dos votos em branco e nulos no cálculo eleitoral. Contudo, entende-se que o mesmo não se pode alegar sob os aspectos político e sociológico, que permitem o reconhecimento dos votos brancos e nulos como um importante meio de questionamento da ordem política estabelecida no Brasil, sobretudo quando expressos em forma de protesto.

Deduz-se, também, que a não consideração desses votos para efeito de validade de determinada eleição equivale a desrespeitar o Estado Democrático de Direito, que tem como um dos pilares a soberania popular.

A propósito, ao analisar a importância da soberania popular, Arlene Costa Barbosa⁵⁷³ afirmou: "A liberdade individual de expressão das tendências políticas é pressuposto indispensável à ordem democrática, onde o sufrágio é a maior expressão do sistema representativo".

Com efeito, o sufrágio corresponde à significativa expressão da democracia representativa, motivo pelo qual se pressupõe que a

⁵⁷³ BARBOSA, Arlene Costa. Os direitos políticos e a evolução da cidadania. *Revista de Julgados*. Paraíba: TRE. v. único, n. 8, 2004, p. 66.

manifestação popular consubstanciada no ato de votar em branco e nulo é legítima e merece ser considerada para efeitos de mudança da atual percepção jurídica do sistema.

A importância a ser dada aos votos brancos e nulos contribui para a consolidação da democracia de um país. Não obstante isso, a Justiça Eleitoral, a cada ano de eleições, prepara forte campanha para se evitar que o eleitor invalide o seu voto, argumentando que o voto consciente é um instrumento de participação na escolha dos governantes.

De fato, o voto deve ser consciente, e os eleitores devem ser preparados para o exercício da democracia no Brasil. Todavia, consciência não significa apenas escolher um dos candidatos, senão também protestar.

Assim, mesmo que o voto nulo ou em branco não tenha efeito algum do ponto de vista legal, o eleitor tem o direito de se recusar a escolher um candidato, independentemente do motivo, e optar por invalidar o seu voto.

Por que não entender que a opção por nenhum dos candidatos (votos brancos e nulos) representa consistente participação política do cidadão?

É possível concluir que o eleitor, ao deixar de escolher um dos candidatos apresentados em determinado pleito, o faz, normalmente, em nítida demonstração de sua insatisfação com as opções que lhe são apresentadas.

Desse modo, não caberia à Justiça Eleitoral, por meio de campanhas contra o voto nulo, limitar o poder de atuação do cidadão que, no exercício da soberania popular conferida ao Estado Democrático de Direito, decide manifestar sua vontade política pela não escolha dos candidatos registrados em determinado pleito.

Permite-se compreender, frente aos parâmetros delineados neste trabalho, que os votos brancos e nulos expressam conteúdo político em razão de constituírem manifestação concreta da vontade do eleitor

pela escolha do direito de rejeitar as opções propostas. Logo, expressam sufrágio, ainda que negativo, ao contrário das abstenções, nas quais o eleitor se mostra indiferente ao exercício da soberania popular e consequente participação política.

Propõe-se, desse modo, seja repensado o atual sistema eleitoral brasileiro, segundo o qual são descartados os votos brancos e nulos da contagem dos votos válidos, notadamente em razão de que determinado candidato, superadas as hipóteses legais de deslegitimação do pleito (por abuso de poder econômico e político, por exemplo), estariam “aptos” a se eleger, ainda que nítido seja o seu despreparo para o cargo e duvidoso o seu caráter.

Enfim, o exame mais apurado dos pontos apresentados neste estudo tendem a ocasionar reflexão a respeito de profunda e necessária reforma política no Brasil, sendo que possível mudança no contexto legal, influenciada pelos critérios políticos e sociológicos, pressupõe necessária articulação da sociedade e disposição dos poderes Legislativo e Judiciário para oportunizarem a rediscussão da matéria.

Referências

ALBUQUERQUE, Xavier. Inconstitucionalidade do cômputo dos votos em branco nas eleições proporcionais. *Revista Estudos Eleitorais*. Brasília: TSE, v. 1, n. 1, 1997.

BARBOSA, Arlene Costa. Os direitos políticos e a evolução da cidadania. *Revista de Julgados*. Paraíba: TRE. v. único, n. 8, 2004.

Boletim Informativo da Escola Judiciária Eleitoral do TSE. *Votos válidos, nulos e brancos*. Eleições 2010. n. 15, 20 set. 2010.

BONAVIDES, Paulo. A Constituição e a invalidade do voto em branco. *Revista Estudos Eleitorais*. Brasília: TSE, v. 1, n. 1, 1997.

BRASIL. *Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 9 Ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*. Brasil, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral Brasileiro. *Diário Oficial da União*. Brasil, 19 jul. 1965.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Contra Expedição de Diploma nº 170/MG. Relator: Min. Décio Meirelles de Miranda. Brasília, DF, julgado em 14/12/1962.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Contra Expedição de Diploma nº 178/MG. Relator: Min. Vasco Henrique D'Avila. Brasília, DF, julgado em 5/12/1963.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Mandado de Segurança nº 601/MG. Relator designado: Min. José Guilherme Villela. Brasília, DF, julgado em 17/5/1983.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 9.277/MT. Relator: Min. Antônio Vilas Boas. Brasília, DF, julgado em 19/12/1990.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 10.989/MT. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, julgado em 10/12/1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 23.234/AM. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, julgado em 2/10/1998.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Respe nº 25.937/BA. Relator: Min. José Delgado. Brasília, DF, julgado em 17/8/2006.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 1.869/DF. Relator: Min. José Delgado. Brasília, DF, julgado em 25/9/2006.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-RMS nº 665/RS. Relator: Min. Arnaldo Versiani. Brasília, DF, julgado em 2/6/2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo Administrativo nº 20.159/PI. Relator: Min. Felix Fischer, julgado em 19/12/2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Votos brancos e nulos diminuem legitimidade da eleição, diz TSE*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/tv/materias/ELEICOES-2010/190286-VOTOS-BRANCOS-E-NULOS-DIMINUEM-LEGITIMIDADE-DA-ELEICAO%2C-DIZ-TSE.html>>. Acesso em: 24 fev. 2011.

CARNEIRO, Renato César. Os votos brancos e nulos como atos de desobediência civil. *Revista de julgados*. Paraíba: TRE. v. único, n. 8. 2004.

CERQUEIRA, Thales Tácito, CERQUEIRA, Camila Medeiros. *Tratado de Direito Eleitoral*. Tomo I. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CODATO, Adriano. Comportamento político e formas de protesto eleitoral: o voto nulo no Brasil e no Paraná. *Paraná Eleitoral*. Curitiba, n. 62, out./dez. 2006.

CONEGLIAN, Olivar. *Lei das eleições comentada*. 5. Ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*, 7. Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris.

COSTA, Tito. A propósito de votos em branco e votos nulos em eleições proporcionais e majoritárias. *Revista Estudos Eleitorais*. Brasília: TSE, v. 1, n. 1, 1997.

GOMES, José Jairo. Invalidez no direito eleitoral: nulidade e anulabilidade de votos. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: ano 1, n. 1, jul./dez. 2009.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. Ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2008,

MENDES, Gilmar Ferreira e outros. *Curso de Direito Constitucional*. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. Ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NICOLAU, Jairo. *A participação eleitoral: evidências sobre o caso brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/JairoNicolau.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2010.

PEREIRA, Frank Sérgio, PÁDUA, Robson Antônio de. O Voto no Brasil. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Franca, ano 8, n. 15, 2º semestre 2005.

PORTO, Walter Costa. *Dicionário do Voto*. Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

RAMOS, Paola Novaes. *Alheamento eleitoral: reflexões sobre o significado de votos em branco, votos nulos e abstenções na teoria política contemporânea*. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/viewFile/3356/2739>>. Acesso em: 7 out. 2010.

SALES, José Edvaldo Pereira. *Votos nulos, nulidade da eleição e nova eleição*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11506/votos-nulos-nulidade-da-eleicao-e-nova-eleicao>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

SCHREINER, Katherine. *Da proteção à legitimidade e à normalidade das eleições. Resenha eleitoral*. Santa Catarina: TRE, v. 14, 2007.

SILVA, Antônio Ozaí da. *O direito ao voto nulo*. Disponível em: <<http://www.mail-archive.com/voto-eletronico@encoder1.iron.com.br/msg01149.html>>. Acesso em: 7 out. 2010.

TRIBUNAL DO NORTE. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/reforma-eleitoral-deve-ser-adiada/10144>>. Acesso em: 28 fev. 2011.



SGI

SECRETARIA DE GESTÃO DA INFORMAÇÃO

Esta obra foi composta na fonte Myriad Pro Light,
corpo 11, entrelinhas de 16,5 pontos, em papel AP 75 g/m² (miolo)
e papel Cartão Supremo 250 g/m² (capa).