

Estudos Eleitorais

TSE - N. 2, maio/ago. 1987

Inconstitucionalidade do cômputo dos votos em branco nas eleições proporcionais

Xavier de Albuquerque

Professor catedrático da Faculdade de Direito do Amazonas, procurador-geral da República, ministro do Supremo Tribunal Federal, ministro do Tribunal Superior Eleitoral; autor, entre outras obras, de *Aspectos da conexão* (tese de concurso à cátedra, 1956); *Causas excluídas da capacidade específica do juiz penal* (1956) e *O Direito Processual na Constituição de 1967*.

Com a Resolução nº 16.640, de 26.6.90, o Tribunal Superior Eleitoral expediu instruções para a apuração das eleições de 3 de outubro transato. Em seu art. 47, esse ato normativo assim dispõe (destaques, em grifo, acrescentados):

“Art. 47. Quociente eleitoral é o resultado da divisão do número de votos válidos, *inclusive os em branco*, pelo número de lugares a preencher, desprezada a fração, se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior (Código Eleitoral, art. 106)”.

O preceito regulamentar faz remissão expressa ao art. 106 do Código Eleitoral, que define a forma de determinação do quociente eleitoral e cujo p. único, embasador da parte acima destacada, tem este teor: “Contam-se como válidos os votos em branco para determinação do quociente eleitoral”.

Questiona-se a legitimidade, em face da Constituição vigente, assim do preceito legal, como do dispositivo regulamentar que nele buscou arrimo.

O sistema proporcional nas Constituições brasileiras

Sob forma larvar, o sistema proporcional pode ser entrevisto no art. 28 da Constituição de 1891, que garantiu a “representação da minoria” na eleição para a Câmara dos Deputados.

Sua efetiva consagração, todavia, em nosso Direito Constitucional, deve mais propriamente ser atribuída à Constituição de 1934, que no art. 23 lhe fez cabal alusão: “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto (...)”.

Voltou a consagrá-lo, após o longo silêncio do Estado Novo e da vigência da Constituição de 1937, antes e depois da Lei Constitucional nº 9, de 28.2.45, a Constituição de 1946. Dispôs ela, no art. 56, que os representantes do povo, integrantes da Câmara dos Deputados, elegiam-se “segundo o sistema de representação proporcional”. E explicitou, no art. 134, que “fica assegurada a representação proporcional dos partidos políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer”.

Os termos lenientes da explicitação não passaram sem contradita nos trabalhos constituintes. Profligou-os, sem êxito, Prado Kelly, para quem o sistema proporcional “é coisa mais matemática do que legislativa”. “O sistema proporcional” – advertiu o saudoso homem público, segundo o relato de José Duarte (*A Constituição brasileira de 1946*, v. 2, p. 500) – “ou existe, ou não existe. Não há sistema proporcional que a lei estabeleça, ou deixe de estabelecer, ou possa modificar. Há o sistema proporcional puro, ou matemático, ou não há sistema proporcional, porque sistema misto não é sistema proporcional”. E mais adiante (*op. cit.*, p. 501): “Digamos na Constituição *sistema proporcional* e depois tenhamos o cuidado de fazer uma lei ordinária que obedeça a esse princípio. Se o legislador ordinário infringir o que determina o constituinte, a lei que se votar com preterição da proporcionalidade da representação será inconstitucional”.

Tinham fundamento as preocupações de Prado Kelly. Revelaram-no, mais tarde, episódios e pronunciamentos engastados na prática da Constituição promulgada.

“Não se esclareceu, na Constituição” – opinou Barbosa Lima Sobrinho (*O Direito Eleitoral e a Constituição* de 1946, RF nº 149, 60-69, 67) –, “qual o sistema de representação proporcional adotado, para que a lei o fizesse e pudesse alterá-lo como entendesse, sem as formalidades das reformas constitucionais. Deixou-se aberto o caminho para o arrependimento e para as experiências”.

Mal se inaugurara o império daquela Constituição, averbou-se de incompatível com seus preceitos o art. 48 do Decreto-Lei nº 7.586, de 28.5.45 – lei eleitoral sob a qual se operou a reconstitucionalização do País –, que mandava atribuir ao partido mais votado os lugares não preenchidos com a aplicação do quociente eleitoral e dos quocientes partidários. No questionamento desse preceito legal, João Mangabeira assumiu posição de prol. Foi ele, contudo, malsucedido, pois o rebateram outras vozes autorizadas e decisões do próprio Tribunal Superior Eleitoral.

Para Romão Cortes de Lacerda, por exemplo, que replicou à argumentação do baiano ilustre (*Representação proporcional*, Arquivos do Ministério da Justiça 21, 11-7, 11), o art. 134 da Constituição “contém precisamente a permissão das formas mistas, na cláusula, que se não pode negar, porque está à mostra: ‘na forma que a lei estabelecer’”. Menos categórico, mas aquiescendo no mesmo entendimento, escreveu Vítor Nunes Leal (*O regime representativo e a legislação eleitoral do Brasil*, RDA 9, 419-33, 433):

“É evidente que a atribuição de todos os restos ao partido majoritário mutila o sistema de representação proporcional. Mas o legislador constituinte parece ter admitido a possibilidade dessa desfiguração parcial, quando expressamente impôs a cláusula restritiva – ‘na forma que a lei estabelecer’”.

A nossa mais alta Corte Eleitoral orientou-se no mesmo sentido. Disse ela na Resolução nº 1.668, de 31.3.47 (*apud* Cláudio Pacheco, *Tratado das Constituições brasileiras*, v. 9, p. 171): “O legislador constituinte, entretanto, entendeu de melhor alvitre entregar ao legislador ordinário a sua solução, tanto que disse: ‘na forma que a lei estabelecer’”. Noutra decisão (Resolução nº 1.669, de 11.4.47, *op. cit.*, p. 173), e fazendo expressa referência à objeção que Prado Kelly levantara na Assembléia Constituinte, sentenciou:

“Assim, a Constituição deixou, de propósito, de exigir pura e simplesmente a proporcionalidade, senão a que fosse escolhida pelo legislador ordinário. E o fez deliberadamente, cômico da vigência do sistema de atribuição dos restos aos partidos majoritários”.

Essa jurisprudência teve o apoio de Cláudio Pacheco (*op. cit.*, p. 78), para quem o Tribunal decidiu “com acerto, pois o sistema proporcional comporta, como vimos, variados tipos e modalidades em que a medida da proporção está sensivelmente graduada”. Não o teve, contudo, anos após, de Nelson de Souza Sampaio (*Eleições e sistemas eleitorais*, Revista de Informação Legislativa nº 78, 173-92, 91), que assim explicou a mudança operada no sistema pelo Código Eleitoral de 1950:

“O método de atribuir ao partido mais votado as cadeiras não conquistadas pela aplicação do quociente eleitoral pode ser tido como uma forma do sistema misto. Foi o adotado, entre nós, no Código Eleitoral de 1945. Abandonou-se porque a Constituição de 1946 assegurava ‘a representação proporcional’. Por conseguinte, a proporcionalidade devia ser aplicada integralmente”.

Nem a abonaria, por seu turno, Nestor Massena (*Sistema de representação proporcional: distribuição de sobras*, Arquivos do Ministério da Justiça, 48, 1-18, 10), para quem a lei referida no art. 134 da Constituição de 1946 “só pode e há de estabelecer a representação proporcional sem desertar a Constituição, sem transformar as respectivas eleições em eleição

que não seja pelo sistema proporcional (...). Se a lei dispuser em contrário ao preceito constitucional (...) não poderá prevalecer, no regime de supremacia dessa lei, sobre a legislação ordinária”.

Cessada a vigência da Constituição de 1946, mas conservada assim na redação primitiva da Constituição de 1967 (art. 143), como na que lhe deu a Emenda nº 1, de 1969 (art. 143), a cláusula da representação proporcional “na forma que a lei estabelecer”, não se modificou o quadro jurídico-constitucional precedente. São-lhes pertinentes, portanto, os subsídios doutrinários e jurisprudenciais que vimos de mencionar (n. 4 e 5, *retro*).

Com a Constituição vigente, todavia, já não guardam pertinência positiva esses elementos teóricos e pretorianos, porque ela, ao contrário das de 1946, 1967 e 1969, consagrou, *tout court*, para as eleições legislativas, o sistema proporcional (art. 45), sem timbrá-lo da flexibilidade permitida ao legislador ordinário pela cláusula “na forma que a lei estabelecer”, agora claramente suprimida. Mas, embora não lhe sejam positivamente pertinentes, eles o são, se assim se pode dizer, negativamente, porque servem de mostrar o significado que há de ter, por força, a supressão dessa cláusula.

Deve concluir-se, portanto, que, no regime da Constituição de 1988, já não se permite que o sistema proporcional experimente as mutilações e desfigurações, no dizer de Vítor Nunes Leal (n. 4, *retro*, § 4º), que lhe impôs – conquanto ao abrigo de preceito constitucional sobremodo complacente, mas agora inexistente –, o legislador ordinário.

Postas essas premissas, havemos de prosseguir.

Proporcionalidade, quociente eleitoral, voto em branco

“Caracterizam-se os sistemas proporcionais” – preleciona Themístocles Cavalcanti (*A Constituição Federal comentada*, v. 11, 1948, p. 83) – “pela fidelidade da proporção entre o número de representantes e o número de adeptos dos partidos a que pertence o eleitorado.”

A essa fiel proporção entre a composição do corpo representativo e a força numérica das correntes de opinião que, por sua vez, compõem o corpo eleitoral, chega-se pela aplicação do chamado quociente eleitoral, cuja concepção se atribui a Thomas Hare e que constitui, segundo Silvio Furlani (*Elettorali sistemi, Novissimo Digesto Italiano* v. 6, 437-44, 441), *L'elemento caratteristico, commune a tutti i sistemi proporzionali*. Concorde Duguit (*Droit Constitutionnel*, v. 2, 3 ed., p. 737), em que se trata de um dos elementos essenciais do sistema proporcional.

Refere-o Kelsen (*Teoria general del Estado*, trad. esp., 1934, p. 443), nestes termos:

“Llama-se a este mínimo *cociente electoral*, y la determinación del mismo, como clave para distribuir entre los partidos contendientes los puestos a ocupar, es el problema más importante de la representación proporcional. (...) Es una aproximación muy relativa a la idea de proporcionalidad, determinar el cociente electoral de tal forma que se divida el número total de votos emitidos por el número de diputados a elegir, y atribuir a cada partido tantos puestos cuantas veces esté contenido dicho cociente en la suma de votos por él alcanzada”.

Salienta o sábio jurista que o problema capital da determinação do quociente eleitoral é genuinamente matemático.

Carlos Maximiliano (*Comentários à Constituição brasileira*, v. 2, 5 ed., p. 83), resumindo a conciliação francesa de 1919 entre os sistemas majoritário e proporcional, escreve sobre este: “Se ainda restam lugares disponíveis, divide-se o número dos que às urnas compareceram, deduzidos os votos nulos ou em branco, pelo de deputados a eleger; assim se forma o *quociente eleitoral*”.

Proporcionalidade de representação é, pois, conceito a que adere, integrando-o e condicionando-o, o de quociente eleitoral. Dito de outro modo, a aplicação do quociente eleitoral é que enseja a representação proporcional.

Sucedem que o quociente é, por sua própria noção matemática, o resultado da divisão de uma quantidade por outra; em nosso caso, o resultado

da divisão do número das manifestações do eleitorado (dividendo), pelo número dos lugares a serem preenchidos (divisor).

Ora, como o referido divisor, em eleição realizada pelo sistema proporcional, é predeterminado e por isso conhecido de antemão, tem-se de atentar com redobrado cuidado para a quantificação do dividendo, que somente se apura por via do escrutínio. Com efeito, se se quantifica inexactamente o dividendo, deforma-se o quociente, que resulta de sua divisão pelo divisor, e fratura-se o princípio constitucional da representação proporcional.

Dito isso, ocorre perguntar-se o que efetivamente integra, para os fins tidos em vista, o dividendo em questão.

Integram-no, responde Kelsen (n. 8, *retro*, § 3^o), os *votos emitidos*.

Que são, então, *votos emitidos*? São, retruca a lei francesa resumida por Carlos Maximiliano (n. 8, *retro*, § 4^o), os dos que às urnas compareceram, *deduzidos os votos nulos ou em branco*. Coincidentemente opina Paolo Biscaretti di Ruffia (*Derecho Constitucional*, trad. esp., 1982, p. 336-37): “o número de *votos validamente emitidos*” (portanto, não o de eleitores e tampouco o de *votantes*, que inclui também os que votam em *branco* ou cujas cédulas são anuladas). Para Sílvio Furlani, já antes invocado (*op. cit.*, p. 439), o *quorum* dos votantes “*non doveva comprendere ne i voti dichiarati nulli ne le schede bianche*”.

Sufrágio, na concepção de Maurice Hauriou (*Derecho Público y Constitucional*, trad. esp., 2 ed., p. 497), é assentimento: “Pero el sufragio no deja de ser un asentimiento en el otro empleo de que es susceptible: el de la elección. (...) Los electores responden, votan a estos candidatos o a los otros, asienten o no asienten a la candidatura y al programa”. Repete-a o filho André Hauriou (*Derecho Constitucional y instituciones políticas*, trad. esp., 2 ed., p. 281: “*Sin lugar a dudas, el elector concede su asentimiento a una candidatura por medio de su sufragio*”. E com ela concorda nosso Darci Azambuja (*Teoria geral do Estado*, 4 ed., p. 332).

De todo modo, mais como direito do que como função, o sufrágio não implica, necessariamente, manifestação sob forma positiva. “*L’elettore è anche libero*” – explica Silvio Furlani em outro de seus estudos (*Elettorato attivo*, Novissimo Digesto Italian. v. 6, 444-452, 451) – “*dí votare o non votare, di esprimere il proprio voto in senso positivo, per una lista o per la persona di un candidato, o di deporre nell’urna una schieda bianca o di una resa di proposito nulla*”.

A própria obrigatoriedade do voto, como adverte Paolo Biscaretti di Ruffia (op. cit., p. 320), “*no coarcta la voluntad individual, ya que obliga sólo a participar de la votación (si bien acaso con papeleta en blanco)*”. Semelhantemente opina Mortati, citado por Silvio Furlani (*Elettorato...*, cit., p. 451), ao dizer que “*oggetto dell’obbligo è non l’effettivo intervento dell’elettore nella scelta di un candidato (il che sarebbe impossibile accertare, data la segretezza del voto) bensì la partecipazione formale alla votazione, anche se inducentesi alla deposizione nell’urna di una scheda bianca o nulla*”. E assim também entende Josaphat Marinho (*O cidadão e o direito de sufrágio*, Revista de Informação Legislativa, 10, 3-8, 5), para quem, mesmo obrigado a votar, o eleitor “não é compelido, entretanto, ao ato de escolher. Pode comparecer à eleição, obediente ao imperativo constitucional ou legal, e votar em branco, recusando-se, legitimamente, à manifestação de preferência”.

Daí a distinção, que alguns propõem, entre sufrágio e voto. Leia-se novamente Josaphat Marinho (op. cit., p. 5-6):

“Cumpre assinalar, por isso mesmo, que, embora as duas expressões sejam empregadas, de regra, como equivalentes, há, em rigor, na teoria e na prática, diferença entre sufrágio e voto. Sufrágio é o direito; voto, a forma de exercê-lo. Um é a garantia, o outro o instrumento que a efetiva”.

Parece lícito dizer-se, ao cabo das considerações deste número, que entre voto e sufrágio pode correr, posto não necessariamente, relação de continente a conteúdo. O voto em cheio, que exprime escolha ou preferência, contém sufrágio. O voto em branco, ao invés, não o contém. Para o Direito Constitucional-Eleitoral, importa apenas o voto em cheio,

aquele que veicula sufrágio e, portanto, exprime escolha ou manifesta preferência; não assim o voto em branco, cuja relevância não ultrapassa os confins da Sociologia Político-Eleitoral.

Bem se compreende, dessarte, voltando-se ao tema da representação proporcional e do quociente eleitoral, seu ferramental característico, que a essência do sistema imponha a exclusão dos votos em branco, quando se apuram os votos emitidos e, portanto, se quantifica o dividendo (n. 10, *retro*).

Aliás, não pode deixar de ser assim, salvo desvirtuando-se – como o desvirtuaram as leis eleitorais brasileiras, abrigadas na complacência da cláusula constitucional então impetrante, durante mais de meio século – o sistema proporcional.

Visa ele, por definição, à distribuição dos lugares de certo corpo representativo, proporcionalmente à força numérica das diferentes correntes de opinião identificadas na eleição. Para isso, divide pelo número desses lugares o total das manifestações recolhidas do corpo eleitoral, isto é, das manifestações que se aglutinam nas correntes de opinião a serem aqui-nhoadas, e encontra, como resultado dessa divisão, o quociente eleitoral.

Como admitir-se, portanto, que sejam computados, nesse total de manifestações, os votos em branco?

Voto em branco, já se viu, é não-sufrágio, é não-escolha, é não-preferência, é, em suma, não-opinião.

Só se conceberia, em termos lógicos e matemáticos, o cômputo dos votos em branco na quantificação do dividendo, se fossem eles tomados – qual o faz, mas para outros fins, a sociologia político-eleitoral – como formadores de mais uma corrente de opinião, a saber, a dos que opinam que nenhum partido e nenhum candidato devem integrar o corpo representativo. Só se conceberia, conseqüentemente, se o total de votos em branco também “concorresse” à distribuição das cadeiras, não para ocupá-las, senão para suprimi-las, de forma que a composição do corpo representativo ficasse afinal reduzida de tantos lugares quantos fossem os “conquistados” pela corrente negativista.

Somente nessa hipótese, de certo modo caricatural, mas aqui acenada para ênfase da incoerência que vimos salientando, haveria compatibilidade entre o cômputo dos votos em branco na determinação do dividendo e a operacionalização do sistema proporcional.

Como sabido, o cômputo dos votos em branco na determinação do dividendo, em matéria de eleições proporcionais, foi entre nós determinada, pela primeira vez, pela Lei Eleitoral de 1935. Repetiram-lhe a regra a de 1945 e os Códigos Eleitorais de 1950 e 1965.

Quando isso se deu, fez-lhe oposição o acatado Domingos Vellasco (*Direito Eleitoral*, 1935, p. 50), nestes termos:

“Esse artigo traz duas inovações. A primeira se refere ao cômputo da fração superior a meio, e a segunda, à contagem dos votos em branco. É sofrível a primeira e descabida a segunda, em face da doutrina eleitoral. É sabido que o Tribunal Superior, ao aprovar as eleições dos representantes das profissões à Câmara dos Deputados, realizadas em janeiro de 1935, mandou computar os votos em branco, sob o fundamento de que votar em branco é um meio de o eleitor manifestar sua vontade contrária aos candidatos apresentados. Preferimos, entretanto, seguir a opinião de E. Pierre (*Droit Politique, Electoral et Parlementaire*), para quem as cédulas em branco não devem ser contadas para o cálculo do quociente eleitoral”.

Logo adiante, após transcrever tópico do autor que citou, assim externou sua opinião:

“Para nós, o voto em branco equivale a uma abstenção. O eleitor não quis exteriorizar sua preferência. É como se não tivesse votado. E, desde que ninguém aceita a inclusão, no dividendo eleitoral, dos eleitores que se abstêm de votar, parece-nos mais justo que também não se computem os votos em branco. A inovação é má”.

Tinha razão o escritor, pois a equiparação entre abstenção e voto em branco resulta da própria natureza das coisas. Valem, ambos, o mesmo, isto é, nada. Expressam, como ensina Biscaretti di Ruffia (*op. cit.*, p.

374), o mesmo sentido negativo de oposição a qualquer proposição, se se trata de deliberação congressual; ou a todos os candidatos, se se cuida de pleito eleitoral. Caso se queira entrever diferença entre uma e outro, quiçá possa ser procurada na motivação subjetiva de quem os pratica. Se o voto não for obrigatório, como geralmente ocorre nos Parlamentos, pode o parlamentar valer-se da pura abstenção. Se ele for compulsório, todavia, como acontece no Brasil em relação às eleições, fica ao eleitor a alternativa de praticar abstenção, deixando simplesmente de comparecer à mesa eleitoral e sujeitando-se às sanções cominadas, ou de fazer de conta que cumpre o dever de votar, isto é, comparecer à mesa e introduzir na urna o voto em branco. A uma figura, como a outra, é comum a mesma rigorosa desvalia.

A propósito de votos em branco ou ilegíveis, ensina A. Chantegrellet (*Traité des élections*, t. 1, p. 631):

“La nullité radicale de pareils bulletins s'explique d'elle-même: il n'y a pas de désignation de candidats, pourtant pas de vote émis. (...) Le bulletins blancs n'ont aucune valeur, ils doivent être absolument négligés dans le calcul de voix et mis de côté pour être joints au procès-verbal”.

Em passagem anterior (*op. cit.*, p. 611), este autor afirma que as cédulas eleitorais devem ser “*une manifestation sérieuse et réelle de la volonté de l'électeur, c'est-à-dire, porter des noms pouvant être attribués à des candidats*”. Explica ainda que, em toda eleição, há eleitores que não se conformam às prescrições legais e depositam cédulas de diversos tipos, entre outros, os irregulares por sua forma exterior ou sua cor, e os que “*sont nets de toute inscription, c'est-à-dire blancs*”. E pergunta, para logo responder:

“Ces bulletins doivent-ils avoir la même valeur que les bulletins ordinaires et réguliers? Evidemment non; mais doivent-ils être tous annulés complément et au même titre? Non encore; il y en a qui sont nuls d'une façon absolue parce qu'ils ne contiennent l'expression d'aucun vote ou ils constituent une infraction trop grave (...)”.

Há, pois, para este doutrinador, nulidade igual, isto é, absoluta, assim no voto em branco como no voto gravemente irregular por sua força ou sua cor.

Ainda que se releve ou abstraia a desvalia do voto em branco, não há como computá-lo, em sua aplicação da doutrina proporcionalista, no dividendo eleitoral. Veja-se a lição do clássico Maurice Duverger (*Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, v. 1, 15 ed., p. 132):

“Dans le système du ‘quotient électoral’ on divise, dans chaque circonscription, le nombre total des suffrages exprimés (ne pas confondre les ‘suffrages exprimés’ avec les ‘votants’ et les ‘électeurs’; tous les électeurs ne sont pas des votants, car il y a des abstentions; et certains votants mettent dans l’urne un bulletin blanc ou nul, qui ne compte pas comme suffrage exprimé) par le nombre de députés à élire”.

É coincidente o ensinamento de Esmein (*Droit Constitutionnel*, v. 2, 8, p. 363): “*Sont seuls comptés pour le calcul les suffrages réellement et valablement exprimés: les bulletins blancs, les bulletins nuls (...) n’entrent pas en ligne de compte*”.

Há hipótese, certamente e por fim, em que o voto em branco, tanto quanto a pura abstenção, pode ter valor, e valor negativo. Explica-o Antoine Santschy (*Le Droit Parlementaire en Suisse et en Allemagne*, 1982, p. 92) em lição que, posta relacionada com o Direito Parlamentar, também é prestante em matéria constitucional-eleitoral:

“A chaque fois que la constitution, la loi ou le règlement prennent pour base de calcul de la majorité non plus les voix, mais les membres ou les présents, les abstentions sont cependant valorisées. La plupart des dispositions dérogeant au principe de la majorité des votants assimilent en effet l’abstention à un non et lui donnent la nature d’un droit de veto”.

Trata-se, é bem de ver, de hipótese inteiramente estranha à questão aqui versada.

Inconstitucionalidade da regra questionada

De quanto foi exposto, deve concluir-se pela incompatibilidade entre a cláusula “inclusive os em branco”, inserida no art. 47 da Resolução nº 16.640, de 26.6.90, do Tribunal Superior Eleitoral, e o art. 45 da Constituição em vigor, que impõe a adoção do sistema proporcional, *tout court*, nas eleições para a Câmara dos Deputados. A mesma incompatibilidade existe, obviamente, entre o dispositivo constitucional e o p. único do art. 106 do Código Eleitoral, o qual serviu de embasamento para a inserção, na norma regulamentar, da cláusula em questão.

Relativamente à regra legal, dir-se-á, se se adotar determinada posição teórica, haver ela sido revogada pela Constituição, ou se dirá, adotando-se posição teórica diferente, ter-se ela tornado inconstitucional. Trata-se de questão controvertida, que tem maior relevo no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, vale dizer, para os fins da chamada ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto à norma regulamentar, vale também a alternativa. Quem admite a inconstitucionalidade superveniente, pode averbá-la de inconstitucional, tanto quanto a própria regra legal regulamentada. Os que não a admitem, hão de deslocar o enfoque para o plano da ilegalidade, consistente na adoção, como reprodução ou desdobramento, de regra legal revogada.

Poder-se-ia objetar que, não falando a Constituição senão em sistema proporcional, sem lhe fixar o conteúdo nem traçar os contornos, sua compreensão à *outrance* inviabilizaria toda tarefa legislativa de regulação do respectivo mecanismo.

A objeção, a que nos antecipamos, teria relevo e seriedade. É mister, pois, consignar que a norma constitucional comporta leitura *cum grano salis* e enseja distinções inelutáveis.

Haverá temas relacionados com a representação proporcional, mas não consubstanciais a ela, para os quais não se poderá negar ao legislador

ordinário a reserva da opção política. Dê-se, como exemplo, o relativo à distribuição dos restos, que é, porventura, o mais aflitivo e espinhoso dos problemas da proporcionalidade.

Em matéria, porém, que diga com a essência mesma do sistema proporcional – como certamente é, e ficou pontualmente demonstrado, a determinação do dividendo eleitoral e a exclusão dele dos votos em branco –, já não se poderá reconhecer liberdade ao legislador infraconstitucional. Para inibi-lo, basta a nua consagração, pela Constituição, sem qualquer ressalva de lei regulamentadora, da representação proporcional.

Merece ponderação, finalmente, a norma do art. 77, § 2º da Constituição, que trata da maioria absoluta necessária à eleição, em primeiro turno, do Presidente da República, e manda excluir do cômputo geral, para apuração daquela, os votos em branco e os nulos. Essa norma é extensiva à eleição dos governadores dos estados (art. 28) e do Distrito Federal (art. 32, § 2º), bem assim à dos prefeitos (art. 29, II).

Trata-se de regra que, relativa à eleição, pelo sistema majoritário, para os cargos executivos, permitiria ao legislador constituinte a livre opção pelo cômputo ou, inversamente, pela exclusão dos votos em branco, sem que se lhe exigisse, como ocorreria se se tratasse do sistema proporcional, qualquer dever de coerência intrínseca. Como ele mandou excluir os votos em branco, é visível que consagrou o princípio da maioria absoluta dos votantes; se, ao contrário, houvesse mandado computá-los, seria igualmente patente haver consagrado o da maioria absoluta dos presentes (nº 13, *retro*, último parágrafo).

Em nossa evolução constitucional, o princípio da maioria absoluta foi adotado pela Constituição de 1891 (art. 47), deixando-se o pormenor para o âmbito da lei ordinária (*id.*, § 3º). Foi reportando-se a esse regime, mas adiantando-se na disciplina específica, que Edgard Costa advogou a permissibilidade de uma reeleição do Presidente da República, com a simultânea exigência da maioria absoluta de votos, calculada “sobre a totalidade dos sufrágios válidos adicionados aos votos em branco” (*A legislação eleitoral brasileira*, 1964, p. 313).

Muitos anos depois, voltou ele a ser abrigado, duas vezes, na Constituição, embora nenhuma delas contasse com a oportunidade de efetiva aplicação. Deu-se a primeira, com a redação atribuída ao art. 81 da Constituição de 1946, pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 9, de 22.7.64; e a segunda, com a reformulação, pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 25, de 15.5.85, do art. 75 da Constituição de 1967, na versão que lhe dera a Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Tanto numa quanto noutra, determinou-se a exclusão, para apuração da maioria absoluta, dos votos em branco, contrariamente ao que propugnar Edgard Costa, mas precisamente na linha que viria a retomar o constituinte de 1987-88. Pura opção política, pois, do elaborador do Estatuto Constitucional.

Ora, se o constituinte optou pela exclusão dos votos em branco, onde e quando poderia ter livremente optado por sua inclusão, não seria curial entender-se haver ele contemporizado com a inclusão, por obra de lei ordinária ou de ato regulamentar, desses mesmos votos, onde e quando a própria essência do sistema adotado haveria de impor sua exclusão.

Conclusão

Ex positis, opinamos pela ilegitimidade, em face da Constituição vigente, assim do p. único do art. 106 do Código Eleitoral, como da cláusula “inclusive os em branco”, encartada no art. 47 da Resolução nº 16.640, de 26.6.90, do Tribunal Superior Eleitoral.

