Estudos Eleitorais

TSE - N. 2, maio/ago. 1997

A Constituição e a invalidade do voto em branco

Paulo Bonavides

Catedrático e professor emérito da Universidade Federal do Ceará, professor visitante das Universidades de Colônia, Tenessee e Coimbra, autor, entre outros livros, de *A crise política brasileira* e *Do Estado liberal ao Estado social.*

Recebemos consulta do Dr. Ricardo Nahat, distinto advogado de São Paulo, vazada nos seguintes termos:

> "a) É inconstitucional (ou está revogado, à luz da nova Constituição) o art. 106, p. único, do Código Eleitoral (e o dispositivo correspondente da resolução do TSE)?
>
> b) É inconstitucional (ou está revogado, à luz da nova Constituição) o art. 109, § 2º, do Código Eleitoral (e o dispositivo correspondente da resolução do TSE)?"

O teor desses artigos e dos dispositivos que lhes são pertinentes, constantes da respectiva resolução do Tribunal Eleitoral, é o seguinte:

> "Art. 106. Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior.
>
> Parágrafo único. Contam-se como válidos os votos em branco para determinação do quociente eleitoral."
>
> "Art. 109. Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante a observação das seguintes regras:
>
> I – dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada partido pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao partido que apresentar a maior média um dos lugares a preencher;

II – repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares.

§ 1º O preenchimento dos lugares com que cada partido for contemplado far-se-á segundo a ordem de votação nominal dos seus candidatos.

§ 2º Só poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos que tiverem obtido quociente eleitoral".

Resolução nº 16.640, de junho de 1990, do Tribunal Superior Eleitoral:

"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).

Art. 48. Se com a aplicação dos quocientes partidários não ficarem preenchidos todos os lugares, serão os restantes distribuídos mediante observância das seguintes regras:

(...)

§ 2º Só poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos ou coligações que tiverem obtido o quociente eleitoral (Código Eleitoral, art. 109, § 2º)".

1. Duas questões fundamentais emergem da consulta, devendo sobre elas concentrar-se, com todo rigor e profundidade que for possível de nossa parte, a análise jurídica contida neste parecer: a validade ou invalidade do voto em branco para determinação do quociente eleitoral e a exclusão dos partidos ou das coligações que não obtiveram o sobredito quociente da distribuição de lugares.

Quanto à validade do voto em branco, o sistema eleitoral brasileiro compreende dois períodos de todo distintos, facilmente identificáveis: primeiro, aquele em que a matéria, versada em âmbito de legislação ordinária, foi por esta regulada, sem que se levantassem, na esfera do direito positivo, controvérsias; segundo, aquele em que se *constitucionalizou,* por imperativo doutrinário e essencialidade jurídica, a invalidade do referido voto (art. 77, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

2. Um retrospecto sumário da primeira fase nos conduz ao Código Eleitoral da Revolução de 30, a saber, o Decreto nº 21.076, de 24.2.32, cujo art. 58, nº 6, tacitamente mandava computar votos em branco, tendo-se em vista que o quociente eleitoral, segundo esse diploma, se determinava mediante a divisão do número de eleitores que compareceram à eleição pelo número de lugares a serem preenchidos.

Em seguida, o voto em branco apareceu explícito na Lei nº 48, de 4.5.35, art. 91, p. único, bem como nos dois Códigos Eleitorais subseqüentes, debaixo dessa invariável disposição: contam-se como válidos os votos em branco para determinação do quociente eleitoral (Lei nº 1.164, de 24.7.50, art. 56, p. único, e Lei nº 4.737, art. 106, p. único – Código Eleitoral vigente).

Precedem o segundo período os dispositivos constitucionais, contidos nas Constituições de 1934 e 1946, que significam já considerável progresso qualitativo no tocante à primeira Constituição republicana de 1891. Esta não fazia menção expressa ao sistema de representação proporcional. O sistema somente logrou sua plenitude em 1988, ao cair do texto constitucional a ressalva estabelecida pelas cláusulas "na forma que a lei indicar" – art. 23 da Constituição de 1934 – ou "na forma que a lei estabelecer" – constante do art. 134 da Constituição de 18.9.46.

Entendemos que, sob a égide dessas Constituições, adotada já a representação proporcional em termos constitucionais insofismáveis, muito além do pálido art. 28 da Carta de 1891 – onde tão-somente se tinha por "garantia a representação da minoria" na composição da Câmara dos Deputados –, não deveria ter prosperado uma legislação infraconstitucional inconsistente com as formas representativas da proporcionalidade, sobretudo na medida em que admitiu se computassem os votos em branco para a formação de quocientes eleitorais.

É de lembrar, a esta altura, no Direito Eleitoral comparado, o avanço que a esse respeito a Argentina já fizera durante a primeira metade deste século com a Lei Sáenz Peña, de 13.2.12; para a época, fora a lei argentina "uma verdadeira revolução institucional".[1]

---

[1] SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Manual de Derecho Constitucional*. 4. ed. Buenos Aires : 1959. p. 215.

Com efeito, o art. 62 da lei em apreço excluía do quociente eleitoral o voto em branco ao determinar fossem considerados equivalentes a ele, pela junta escrutinadora, os votos ininteligíveis, bem como aqueles que não contivessem nomes próprios de pessoas ou contivessem escritos vários.[2] Voto em branco ali, era, por conseguinte, idêntico a voto nulo.

3. O segundo período principia definitivamente com o advento da Constituição de 5.10.88. A nova Carta fez ruir, pelo aspecto jurídico, todas as dúvidas que ainda pudessem subsistir relativamente à invalidade do voto em branco, visto à luz do novo ordenamento constitucional do País (art. 77, §§ 2º e 3º).

Mas, antes da exegese dos artigos da Constituição, faz-se mister passar revista à doutrina sobre a qual assenta solidamente o entendimento acerca da invalidade daquele voto.

Constitucionalista dos mais idôneos e respeitados deste continente, Rafael Bielsa, avaliando o grau de importância e o sentido de justiça da representação proporcional, demonstrou que, sem a mesma, uma parte ponderável da opinião pública ficaria privada de defender interesses não coincidentes com os da maioria e minoria: portanto "essa força sem representação teria de aderir aos grandes partidos, ou *votar em branco, quer dizer, aumentar os sufrágios nulos*" (grifo nosso).[3]

O voto político ou jurídico, segundo o abalizado autor, é manifestação concreta de vontade. Acrescenta ele que, mediante sufrágio efetivo, o eleitor "concorre a determinar que pessoas desempenharão funções nos poderes públicos".[4] Ora, o voto em branco nada disso preenche. É o vazio, é voto não expresso, voto que não manifesta vontade nem concretiza escolha, que não recai sobre nenhuma pessoa para o desempenho de função pública.

O voto em branco, assim, sobre ser deserção ao dever de cidadania, é a ante-sala da ilegitimidade, a erosão da consciência cívica na sociedade

---

[2] QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado* : Parte Especial. Buenos Aires : 1960. t. 7, p. 355.

[3] BIELSA, Rafael. *Derecho Constitucional*. 2. ed. aumentada. Buenos Aires : 1954. p. 169.

[4] *Id. ibid.* p. 159.

politicamente enferma. Corrompendo a verdade representativa, produz o sobressalto nas instituições, quando não paralisa ou atrofia o sentimento participativo e competitivo, sentimento que tem sido, em todas as épocas, o oxigênio das democracias.

Contrário, pois, à índole do sistema representativo, o voto em branco configura, ao mesmo passo, a antítese da própria forma de representação proporcional, com a qual, em absoluto, não se compadece.

Doutro entendimento, quanto à invalidade de tal categoria de voto, não comunga o insigne Biscaretti di Ruffia. Assim é que ele exclui dos *votos validamente expressos* para a formação dos quocientes eleitorais a modalidade do voto em branco. Segundo Biscaretti, o quociente eleitoral não se obtém mediante o número de eleitores, tampouco de votantes, mas unicamente computando-se o número de votos validamente expressos.[5]

A lição de Vedel, um dos mais eminentes mestres do Direito Constitucional francês, arreda-se tampouco daquela que nos ministrou o citado constitucionalista italiano.

Com igual rigor e precisão, ele se reporta ao "sufrágio expresso", constituído da diferença entre o número de votantes e o de votos em branco ou nulos. Só aquele tem validade. Entende, ao mesmo passo, que a contagem de votos comporta *quatro números:* o de *eleitores inscritos nos registros eleitorais,* o de *votantes,* o de *votos em branco ou nulos* e o de *sufrágios validamente expressos.*[6]

---

[5] É o que rigorosamente se infere deste lugar da obra de RUFFIA, Biscaretti di: "115. *b) I sistemi proporzionali* (che prendono le mosse quasi universalmente dal *numero fiso di seggi* stabilito a priori per l'assemblea) si basano, di regola, sul procedimento seguente: il numero dei *voti validamene, expressi* (e, quindi, non quello degli *elettori* e nemmeno l'altro dei *votanti*, che include anche coloro le sui schede erano bianche o sono state annullate) viene diviso per il numero dei *seggi da ricoprire*, ottenendo, così, il *quoziente elletorale*, che rappresenta il titolo por conseguire un seggio (e rapportato all *cifra elettorale*, e cioè al numero di votti ottenuto da ogni lista, indica quanti seggi debbano essere assegnati alla medisima)" (*Diritto Constituzionale.* 5. ed. Nápoles : 1928. p. 270). V., também, no mesmo sentido: VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale.* 6. ed. inteiramente refeita. Milão : 1967. p. 129.

[6] VEDEL, Georges. *Manuel elémentaire de Droit Constitutionnel.* Paris : 1949. p. 368:

"Quel que soit le mode de scrutin employé, l'echelon envisagé (section, commune, département, nation), la nature de l'opération en cause (élection ou votation sur *referendum*), tout décompte de voix comporte *quatre nombres:* celui des *électeurs inscrits sur les listes électorales*, celui des *votants*, celui des bulletins *blancs ou nuls* et celui des *suffrages valablement exprimés.*

Não menos peremptório sobre a invalidade do voto em branco é Maurice Duverger, outro constitucionalista francês de envergadura. Com efeito, o célebre publicista, referindo-se ao sistema do quociente proporcional na formulação do princípio da representação proporcional, assinala que se chega a esse quociente dividindo, em cada circunscrição, o número de *votos expressos* pelo número de deputados a eleger. Mas adverte, ao fazer essa constatação, que se não devem confundir os "sufrágios expressos" com os "votantes" e os "eleitores", visto que nem todos os eleitores são votantes, em virtude das abstenções e de certos votantes depositarem na urna um voto, branco ou nulo, que não deve valer como sufrágio expresso.[7]

Ocupando-se das operações eleitorais, Duguit declara que os cálculos, tanto para a aplicação do sistema proporcional como do sistema majoritário, não devem ser feitos segundo o número de votantes, mas de sufrágios expressos.[8]

A Lei francesa de 29.7.13 – arts. 8º e 9º –, referida por Marcel Prélot, Joseph-Barthélemy, Paul Duez e Felix Moreau, consagrava já a doutrina da invalidade do voto em branco.[9]

Le premier des nombres ne demande pas d'explications. On s'en sert pour determiner après soustraction du nombre des votants le chiffre des abstentionnistes, encore qu'il faille tenir comptede ce que tout électeur inscrit qui ne vote pas n'est pas un abstentionniste (électeurs inscrits mais décédés et non rayés; électours inscrits sur deux listes électorales, etc.).

Le second de ces nombres, celui des votants, représente l' ensemble des citoyens que ont déposé un suffrage dans l'urne, ont *matériellement* voté.

Mais certains de ces votants ont remis um bulletin *blanc ou nul* qui n'exprime pas valablement un vote: c'este le troisième chiffre.

Enfim, le quatrième nombre, celui des *suffrages exprimé*, est constitué par la différence entre le nobre des votants et celui des bulletins blancs ou nuls."

[7] "Dans le premier" – referindo-se ao sistema do quociente eleitoral – "on divise, dans chaque circonscription, le nombre total des suffrages exprimés (ne confondre les 'suffrages exprimés' avec les 'vatants' et les 'électeurs': tous les électeurs ne sont pas des votants, car il y a de abstentions; et certains votantes mettent dans l'urne un bulletin blanc ou nul, qui ne compte pas comme suffrage exprimé) par le nombre de deputés à élire: le chiffre abtenu est appelé quotient électoral" (DUVERGER, Maurice. *Cours de Droit Constitutionnel*. 3. ed. atualizada. Paris : 1946. p. 55-56).

[8] "Tous le calculs, aussi bien pour l'application du sistème proportionnel que du sistème majoritaire, doivent être faits, non pas d'aprés le nombre des votants, mais d'après le nombre des suffrages exprimés" (*Traité de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris : 1924. t. 4, p. 91).

[9] PRÉLOT, Marcel. *Institutions politiques de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris : 1961. p. 625; *Précis de Droit Constitutionnel*. 2 ed. Paris : 1952. p. 390; JOSEPH-BARTHÉLEMY e

4. Como se vê, não há razão de lógica nem de doutrina para aceitar a validade do voto em branco e admiti-lo na formação do quociente eleitoral, já em sistema de representação majoritária, já, muito menos, em sistema de representação proporcional.

A Constituição de 1988 é o marco histórico na elucidação desse problema de sufrágio, porquanto colocou definitivamente o voto em branco fora de circulação no sistema jurídico de nossa República Federativa.

Com efeito, o princípio constitucional da invalidade do voto em branco resulta do § 2º do art. 77 da Constituição de 1988, que reza: "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".

O art. 77 versa sobre a eleição do Presidente e do vice-presidente da República. Já o seu § 3º prevê a ocorrência de um segundo turno se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, hipótese em que concorreriam os dois candidatos mais votados e se consideraria eleito aquele que obtivesse a maioria dos votos válidos.

Os dois parágrafos se vinculam, porquanto o voto válido expresso no § 3º exclui, obviamente, de computação os votos em branco e os votos nulos. A regra de exclusão do § 2º vale também para a eleição do governador e do vice-governador de Estado, em virtude do disposto no art. 28 da mesma Constituição.

Em suma, o texto constitucional já não deixa espaço a subterfúgios no tocante à não-computação dos votos em branco nas eleições majoritárias.

Com referência à eleição para a Câmara dos Deputados, onde os representantes do povo são eleitos pelo sistema proporcional, estatuído no art. 45, cabe indagar se aí tem aplicação o mandamento da Lei Maior excluindo de computação os votos em branco.

A resposta não pode deixar de ser afirmativa. Admitir o contrário seria sujeitar a grave lesão o princípio cardeal da igualdade de sufrágio,

---

DUEZ, Paul. *Traité de Droit Constitutionnel.* Paris : 1933. p. 42; e MOREAU, Félix. *Précis élémentaire de Droit Constitutionnel.* 9. ed. completamente revista. Paris : 1921. p. 184.

de último, uma das conquistas mais pacíficas do Direito Eleitoral, resultante da concretização do princípio democrático e introduzida já, fora de toda contestação, no âmbito da proteção constitucional.

Esdrúxulo e absurdo, violentando um princípio da Constituição, atribuir, pois, ao voto uma categoria de validade no sistema majoritário e outra no sistema proporcional. Tal resultaria, evidentemente, de uma interpretação errônea e restritiva – confinada a eleições não proporcionais – da regra estabelecida pelo § 2º do art. 77, que determina a não-computação dos votos em branco.

Que semelhante hermenêutica atenta contra o princípio da igualdade e a essência democrática do regime, quem o diz, com a palavra da doutrina, por exemplo, é Hans Meyer, em reflexões do seguinte teor:

> "A igualdade eleitoral se vincula basicamente ao conceito de democracia. Ergue-se e cai com a idéia de que em política, portanto em direitos de natureza política, no direito constitutivo básico de eleição, nenhuma justificação objetiva existe para um tratamento desigual".[10]

A contagem de votos em branco numa eleição proporcional falsearia e reduziria as oportunidades dos partidos, produzindo desigualdade em proveito das organizações partidárias mais poderosas, em dano das entidades minoritárias. O igual valor de acesso ao êxito na participação eleitoral é uma das colunas mestras que estruturam o sistema e trazem praticamente da igualdade eleitoral, segundo Eckart Schiffer e K. H. Seifert, "o mais importante de todos os princípios do Direito Eleitoral".[11]

Em rigor, o voto em branco, ferindo esse princípio, equivale a um voto nulo, por não exprimir sufrágio; se o admitíssemos em pé de igual-

---

[10] "Die Wahlgleichheit ist fundamental mit dem Gedanken der Demokratie verbunden. Sie steht und fällt mit der Idee, dass in politics, also bei den politischen Gestaltungsrechten, zumal beim Grundgestaltungsrecht der Wahl, es keine sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung gibt" (Demokratische Wahl und Wahlsystem. *In:* ISENSEE/KIRCHHOF (org.). *Handbuch des Staatsrechts.* Heidelberg : 1987. t. 2, p. 281).

[11] K. H. Seifert, *apud* Eckart Schiffer, Wahlrecht. *In: Handbuch des Verfassungsrechts,* herausgegeben von Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans Joschen Vogel. Berlim-Nova York. p. 297.

dade 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. Esta última jaz destruída toda vez que se computam votos em branco.[12]

A esse valor de igual eficácia ou bom êxito, enquanto garantia do sistema proporcional e da proteção que ele ministra às minorias, também se referem, com rigor, clareza e precisão, os comentaristas da Lei Fundamental de Bonn. Haja vista, a esse respeito, o comentário de Schmidt, Bleibtreu e Klein na 6ª edição do *Kommentar zum Grundgesetz,* no qual salientam esse aspecto, demonstrando que, se em eleição majoritária é possível contentar-se com uma igualdade numérica, tal não acontece, porém, na representação proporcional, onde avulta a igualdade de eficácia ou de possibilidade de bom êxito.[13]

Mas essa igualdade de eficácia não se opera unicamente em favor do eleitor, senão também dos partidos, aos quais se deve reconhecer igual oportunidade como um dado fundamental do princípio isonômico.[14]

Esse dado estaria aniquilado se, na formação do quociente eleitoral, entrasse o voto em branco: um voto pela sua própria natureza absolutamente vazio e inócuo.[15]

O princípio da igualdade em matéria eleitoral, nomeadamente no sistema representativo proporcionalista, desponta da mesma forma, com igual força e nitidez doutrinária, em alguns arestos que fazem parte do

---

[12] Dissertando sobre a representação proporcional e as peculiaridades de sua estrutura, Schiffer efetivamente mostrou que nela "Jeder Stimme kommt so *nicht nur der gleiche Zählwert, sondern auch der gleiche Erfolgswertzu*" (*in op. cit.*, p. 298).

[13] *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundes-republik Deutschland*, völlig neu bearbeitete und erweiterte 6. Auflage. Neuwied-Darmsdadt : 1983. p. 579.

[14] "Der Stimmwertgleichheit auf Seiten des Wählers entspricht die Chancengleichheit auf Seiten der Parteien" – escreve ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre.* 4. Auflage. München : 1973. p. 94.

[15] Sobre o princípio da igualdade jurídica eleitoral, v. também: KATZ, Alfred. *Grudkurs im Öffentlichen Recht – Staatsrecht*, 6. überbearbeitete Auflage. Heidelberg : 1983. p. 143, bem como MAYER, Walter. *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 5. Auflage. Wien : 1985. p. 104.

acervo jurisprudencial da Corte de Karlsruhe, na Alemanha, sem dúvida o Tribunal constitucional mais importante da Europa.[16]

O princípio da igualdade eleitoral faz parte, em nosso ordenamento constitucional, da essência do sistema de representação proporcional nos termos em que este foi posto pelo art. 45 da Constituição vigente, com amplitude irrestrita e, portanto, sem as reservas das cláusulas constitucionais das Cartas antecedentes: "na forma que a lei indicar", do art. 23 da Constituição de 1934, ou na "forma que a lei estabelecer", do art. 134 da Constituição de 1946.

Com aquele princípio, pois, conforme ficou sobejamente demonstrado, a contagem dos votos em branco para determinação do quociente eleitoral colide frontalmente.

Em razão do exposto, combinando o que dispõe o *caput* do art. 45 com os §§ 2º e 3º do art. 77 da Constituição, afigura-se-nos totalmente inconstitucional o parágrafo único do art. 106 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15.7.65), bem como os ditames normativos da Justiça Eleitoral fundados naquele dispositivo do Código em vigor.

5. Partimos agora para o exame do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, que restringe o concurso à distribuição dos lugares aos partidos que tiverem obtido o quociente eleitoral, regra constante também da Resolução nº 16.640, de 26.6.90, do Tribunal Superior Eleitoral, formulada já sob o império da Constituição de 1988.

Os preceitos do Código e da resolução estampam manifesta inconstitucionalidade em face do novo texto da Lei Suprema, que acolheu a representação proporcional com todas as garantias inerentes à natureza desse sistema (art. 45). A nova Carta constituiu em fundamento da

---

[16] Se não, vejamos: "Entscheidet sich der Gesetzgeber für das Verhältniswahlsystem, so unterwirft er sich damit dem prinzipiellen Gebot des gleichen Erfolgswertes jeder Wählerstimme als der spezifischen Ausprägung, die die Wahlsrechtsgleichheit unt dem Verhältniswahlsystem erfährt, und slellt sein Gesetz unter dieses Mass" *(BVerfGE* 34, 81 ff., 100, m. w. Hinw. auf frühere Entsch.)

A citação aparece no *Kommentar Grundgesetz*, herausgegeben von Ingo von Münch, Band 2. München : 1976. p. 399.

República Federativa o princípio do pluralismo político (inciso V do art. 1º) e instituiu a garantia das minorias ao resguardar o regime democrático e o pluripartidarismo (art. 17, *caput*).

Igualdade e justiça são duas colunas de sustentação da representação proporcional, fazem parte de sua natureza e essência. Da igualdade já nos ocupamos; da justiça, as considerações subseqüentes são a inferência fundamental de que se trata de um sistema assentado sobre bases científicas e racionais de doutrina e modernidade.

O sistema proporcionalista, disseram muito bem Joseph-Barthélemy e Paul Duez, é aquele que forceja por assegurar a cada partido uma representação em conformidade com a sua força numérica.[17]

Não é diferente o entendimento de um dos mais festejados publicistas italianos de todas as épocas, o preclaro Orlando, que, nos *Principii di Diritto Costituzionale,* com sua abalizada autoridade, escreveu, sobre a representação proporcional:

> "O objetivo que se quer alcançar com isso se pode brevemente resumir assim: fazer de modo que os representantes, oriundos da eleição, estejam numa verdadeira proporção com os votos dos eleitores, de tal maneira que, à guisa de exemplo, se num colégio o quinto dos votantes pertence a um determinado partido, o quinto dos representantes é escolhido entre os candidatos que àquele partido pertencem".[18]

O constitucionalista alemão Hans Nawiasky, que desempenhou importantíssimo papel na reformulação das instituições democráticas da Alemanha, após a II Grande Guerra Mundial, segue a mesma linha de caracterização da índole do sistema proporcional. Cotejando esse sistema

---

[17] "Le systéme *proportionnaliste* est celui qui s'efforce d'assurer à chaque parti une représentation en rapport avec sa force numérique." (*Op. cit.*, p. 353.)

[18] "Lo scopo che si vuol con esso raggiungere si può brevemente riassumere così: fare che i rappresentanti, sorti dall'elezione, stiano in una vera proporzione con i voti degli elettori. così che se, a mo'di esempio, in un collegio il quinto dei votanti appartiene ad un deteminato partito, il quinto dei rappresentanti sia scelto, fra i candidati che a quel partito appartegono" (ORLANDO, V. E. *Principii di Diritto Constituzionale.* 5. ed. revista e ampliada. Firenze : 1920. p. 122).

com o modelo majoritário, escreve: "Sua essência consiste em que os votos de cada partido são computados e as cadeiras distribuídas entre os partidos, segundo a relação numérica dos votos obtidos".[19]

Louvando a "justiça eleitoral numérica", derivada desse procedimento, Nawiasky assevera que assim se obtém um abrandamento das lutas eleitorais, onde já não se joga o tudo ou nada do sistema majoritário, mas se peleja apenas pelo mais ou menos. E é isso, acentua ele, que faz do corpo representativo um pequeno espelho da repartição dos partidos no seio do povo.[20]

O princípio da eqüidade rege a representação proporcional, e nenhum regime eleitoral é mais apto do que ele para garantir a base democrática da participação das minorias, cuja ausência nos parlamentos redunda fatal à sobrevivência de um corpo representativo com fundamento nos valores da legitimidade.

O argumento de justiça alimenta a preferência por esse sistema, e Jean-Marie Cotteret e Claude Emeri assim o expõem:

> "Em favor da representação proporcional, pode-se, em primeiro lugar, adiantar um argumento de eqüidade: é deveras certo que, toda vez que o número de lugares obtidos pelos diversos partidos é proporcional à sua força eleitoral, sua representação é justa; cada ideologia pode exprimir-se no Parlamento, a decisão política tomada pela maioria dos eleitos representa fielmente a vontade da maioria dos eleitores (portanto, a vontade geral, se nos referirmos à teoria rousseauniana da unanimidade mediata)".[21]

---

[19] "Sein Wesen besteht darin, dass die Stimmen jeder Partei zusammengerechnet und die verfügbaren Abgeordnetensitze unter die Partein nach dem zahlenmässigen Verhältnis der erzielten Stimmensummen aufgeteilt werden" (*Allgemeine Sraatslehre*, I, Zweiter Teil/Band 1. EinsiedelnZurich-Koln : 1952. p. 238-239).

[20] "Die Folge dieses Verfahrens ist die Verwiklichung der zahlenmässigen Wahlgerechtigkei und daher die Abmilderung der Wahlkämpfe, da es nicht mehr um alles oder nichts, sondern nur um das Mehr oder Weniger geht. Der Vertretungskörper wird auf diese Weise ein verkleinertes Spiegelbid der Verteilung der Parteien im Volk." (*Op. cit.*, v. 1/239.)

[21] "En faveur de la représentation proportionnelle, on peut en premier lieu avancer un argument d'équité: il es bien certain que lorsque le nombre de sièges obtenus par les différents partis est proportionnel à leur force électorale, leur réprésentation est juste; chaque idéologie peut s' exprimer au Parlement, la décision politique prise par la mejorité des élus répresente fidèlement la volonté de la majorité des électeurs (donc la volonté

Os mesmos autores acrescentam que, "incontestavelmente, a representação proporcional satisfaz melhor do que qualquer outro modo de escrutínio o pluralismo democrático".[22]

6. Esse pluralismo democrático, a nosso ver, ficará, porém, abalado se continuar prevalecendo, em nossa legislação ordinária de caráter eleitoral, o disposto no § 2º do art. 109 da Lei nº 4.737, de 15.7.65, bem como o correspondente preceito do § 2º do art. 48 da Resolução nº 16.640, do Tribunal Eleitoral (26.6.90), baixada já na vigência da Constituição de 1988. Ora, foi precisamente aquela Constituição que veio introduzir, de modo formal, pela vez primeira na história das instituições brasileiras, o pluralismo político.

Elevado, ali, ao grau supremo de fundamento da República Federativa, ao lado da soberania, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, conforme consta expressamente do art. 1º da nova Carta, o princípio pluralista ficaria destroçado na sua dignidade constitucional se regras de inferior hierarquia pudessem ignorá-lo e permanecer à sombra de sua autoridade, desconhecida ou recusada. Embargada a vontade dos grupos minoritários, vedada lhes estaria a participação representativa na formação das leis.

Reaparece o mesmo princípio no art. 17 da Constituição sob a designação de *pluripartidarismo*. Assim se demonstra a solidez do desígnio e da disposição de espírito do legislador constituinte em salvaguardar com a máxima garantia possível as redes políticas minoritárias na organização representativa do País.

O *pluripartidarismo* e o *pluralismo político* são da essência do regime democrático e da forma representativa do livre exercício do poder desde a primeira metade deste século. A democracia de partidos principia verdadeiramente com a representação proporcional, e não há outra maneira mais aberta e participativa de organizar, de último, o regime político

---

générale si l'on s' en rapporte à la théorie rousseauiste de l'unanimité médiate)" *Les Systèmes Électoraux*. Paris : 1970. p. 70).

[22] "Incontestablement, la R. P. satisfait le pluralisme démocratique mieux qu'aucun autre mode de scrutin." (*Op. cit*, p 70.)

de uma sociedade democrática e de estabelecer a legitimação dos canais de exercício da soberania.

A representação proporcional e a democracia de partidos nascem inseparavelmente abraçadas a outro princípio: o do respeito e proteção à vontade das minorias, cuja eficácia construtiva na formação das regras soberanas do Estado é para a idade contemporânea um dogma do Direito Constitucional e da Ciência Política.

7. As nascentes doutrinárias do modelo de proporcionalidade já trazem estampadas desde Guizot, Cavour e Poincaré a vocação afiançadora da presença das minorias no processo político efetivo.

Disse o primeiro: "Um sistema que antecipadamente anulasse, quanto ao resultado definitivo das eleições, a saber, quanto à formação da assembléia deliberante, a influência e a participação da minoria, destruiria o governo representativo e seria tão fatal à maioria mesma quanto uma lei que, na assembléia deliberante, condenasse a minoria ao silêncio".[23]

Não menos incisivo e categórico, o grande Poincaré, ao constatar que o aniquilamento das minorias seria vitória letal para os governos, porquanto, diante de oposições muito fracas ou anuladas, as próprias maiorias perderiam o ardor e a energia.[24]

De igual inspiração o verbo de Cavour, em favor da importância das minorias:

> "Não duvidamos de que uma das condições essenciais, ao nosso parecer, de um bom sistema eleitoral é assegurar à minoria na representação nacional uma influência correspondente à sua importância".[25]

---

[23] "Un système électoral que, d'avance, annulerati, quant au résultat définitif des élections, c'est-à-dire, quant à la formation de l'assemblée délibérant, l'influence et la participation de la minorité, détruirait le gouvernement représentatif, et serait aussi fatal à la majorité elle-même qu'une loi qui, dans l'assemblée déliberant, condamnerait la minorité à se taire" (GUIZOT, *Histoire des origines du gouvernement* représentatif. 4 ed. Paris : 1880. p. 260. v 2).

[24] "L'écrasement des minorités est une victoire mortelle pour les gouvernements. Devan les oppositions trop faibles ou trop éteintes, les mejorités elles-mêmes manquent de flamme et d'énergie" *(Revue de Paris*, 15.4.10).

[25] "Noi non dubitiano che una delle condizioni essenziali, a parer nostro, di un buon sistema elettorale si è l'assicurare alla minorità nella rappresentaza nazionale un influenza adeguata alla sua importanza" (*Opere*, v. 1, 116. Nápoles : 1860).

Os pais da representação proporcional – Hare, Considérant e Stuart Mill – sempre se aferraram na construção do sistema a uma proporcionalidade matemática do mais alto rigor possível, porquanto tinham em vista proteger a presença e a participação das correntes minoritárias, cuja eficácia acaba suprimida e desfigurada se um princípio de justiça não vier em socorro delas, cancelando os *quocientes de eliminação*, quais aqueles estabelecidos, por exemplo, no § 2º do art. 109.

Prevalecendo, desse modo, as regras inconstitucionais do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral e do § 2º do art. 48 da Resolução nº 16.640 do Tribunal Superior Eleitoral, os quocientes eleitorais se transformam em *quocientes de eliminação*. Com isso se guilhotina a eficácia representativa do voto dos pequenos partidos, o que, obviamente, é inconstitucional, em razão da latitude com que urge interpretar os arts. 1º (pluralismo político), 17 (pluripartidarismo) e 45 (sistema proporcional) da Constituição de 1988.

8. Os três artigos acima mencionados são princípios constitucionais e não podem ser simultaneamente transgredidos, como ocorreria se admitíssemos em nosso ordenamento a validade daqueles parágrafos depois da formulação do novo pacto constitucional.

Da magnitude e da extensão das regras de princípio na aplicação e normatividade dos preceitos constitucionais, vamos a seguir nos ocupar. Mas primeiro faz-se mister trazer à lembrança, pela atualidade que assumem diante daqueles princípios de nossa Constituição, as imagens de Mirabeau e Prévost-Paradol, visualizando nos parlamentos um "mapa em miniatura" *(carte réduite)*[26] ou "o espelho da Nação" *(le miroir de la Nation)*,[27] *ou* seja, o retrato fiel de todas as correntes partidárias para fazer das Casas da representação popular o símbolo da legitimidade e da cidadania.

Georg Meyer, cuja obra clássica foi publicada por Jellinek ao começo deste século, tinha em vista a confirmação desse quadro, refratário à

---

[26] MIRABEAU. "Sur la représentation illégale de la Nation provençale" (discours prononcé à la Tribune Nationale, 30 de janeiro de 1789), *In*: MIRABEAU. *Oeuvres*. Paris : 1834. 2v.

[27] PRÉVOST-PARADOL, Lucien Anatole. *La France nouvelle*. 8. ed. Paris : 1868. p. 71.

mutilação do concurso das minorias, quando, descendo ao que há de essencial para a representação das correntes minoritárias, assim definiu a proporcionalidade: "O ponto de vista fundamental *(prinzipielle Gesichtspunkt)* é a repartição dos deputados pelos partidos individuais segundo o critério dos votos que lhes foram conferidos".[28]

9. Como vimos, tanto o § 2º do art. 109 como o § 2º do art. 106 do Código Eleitoral já não subsistem diante da nova Constituição, uma vez que ferem os princípios contidos em seus arts. 1º, 17 e 45.

A ofensa ao princípio é a mais grave que se pode perpetrar contra uma Constituição. Já vai longe, no constitucionalismo moderno, aquele entendimento segundo o qual o princípio não é norma e, se o fora, pertenceria tão-somente àquela categoria de normas programáticas, desprovidas de eficácia e característica, de uma fase rudimentar da doutrina constitucional, onde imperavam sobre a matéria conceitos do mais estreito e acanhado positivismo.

Nessa fase não se percebia ainda o caráter estrutural e estruturante dos princípios, tampouco se admitia pudessem eles obrigatoriamente ter por destinatário o legislador, muito menos o aplicador da norma.

Contra essa posição já se insurgia, contudo, Otto Bachof, ao asseverar que "pertence à *validade* de uma Constituição a sua legitimidade", e isto debaixo de dois aspectos: a *positividade,* no sentido de sua "existência como plano e expressão de poder real", e a *obrigatoriedade,* no sentido de um dever jurídico prescrito aos destinatários da norma. Estabelecia ele, a partir dessa última proposição, o laço vinculativo do legislador "aos princípios constitucionais de cada ordem jurídica", obedecendo, assim, à justiça e conjurando o arbítrio.[29]

---

[28] "Der prinzipelle Gesichtspunkt ist die Verteilung der Abgeordneten auf die einzelnen Parteien nach Massagabe der von denselben aufgebrachten Stimmen" (JELLINEK, Hg. *Das parlamentarische Wahlrecht.* Berlim : 1901. p. 631).

[29] "Zur *Geltung* einer Verfassug gehört ihre Legitimität in beiderlei Gestalt: Positivität im Sinne ihres 'Daseins als Ausdruck wirklicher Macht'. *Verbindlichkeit* im Sinne rechtlicher Verpflichtung des Angeordneten für die Normadressaten. Diese Verbindlichkeit besteht einmal nur, wenn und soweit der Gesetzgeber den 'Konstitutionsprinzipien jedweder Rechsordnung' Rechnung trägt, insbesondere sich vom Streben nach Gerechtigkeit leiten

Houve, de certo modo, considerável progresso quando Karl Larenz distinguiu entre os "princípios com feição de normas jurídicas" *(rechtssatzförmiger Prinzipien)* e os princípios "abertos" *(offene Prizipien),* desprovidos do caráter de norma. Entre ambos ocorria uma distinção, mas distinção sem rigidez, frouxa, fluida. Os primeiros eram, todavia, reconhecidos já de aplicação imediata, não sendo apenas a *ratio legis,* senão a lei mesma.[30]

Durante a época infantil do constitucionalismo, via-se mais o lado político do que o jurídico das Constituições. Os princípios eram tidos por matéria política, programática, sem eficácia imediata, sem normatividade, sem juridicidade. Foi, porém, a partir do reconhecimento de que os direitos fundamentais constituíam um sistema de valores, e já não podiam ser compreendidos naquele conceito de "conteúdos legais não obrigatórios" *(Unverbindlichen Gesetzesinhaltes),* desaparelhados de caráter jurídico, que os princípios entraram a ocupar o lugar mais eminente da hierarquia normativa.[31]

Em verdade, essa progressão para a prevalência e a normatividade dos princípios, dos direitos fundamentais e da Constituição mesma se colhe por igual com toda clareza nas fórmulas de Recknagel e Herbert Krüger, referidas por Canotilho, a saber: "se outrora a Constituição se movia no âmbito das leis, hoje são estas que se movem no âmbito da Constituição" (Recknagel), e, "se outrora os direitos fundamentais se moviam no âmbito da lei, hoje é esta que se move no âmbito dos direitos fundamentais" (H. Krüger). Não apenas isto ocorre no âmbito dos direitos fundamentais, mas sobretudo dos princípios, especificamente, devemos acrescentar.[32]

---

lässt und willkürliche Regelungen vermeidet" (*Wege zum Rechtsstaat,* Konigstein, Ts : 1979. p. 17).

[30] "(...) so gibt es doch auch Prinzipien, die zu einer unmittelbar anwendbaren Regel verdichte, nich nur *ralio legis,* sondem selbst *lex* sind" (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* vierte, ergänzte Auflage. Berlim-Heidelberg-Nova York : 1979. p. 463).

[31] V., sobre a importância cardeal dos princípios, "cerne político de uma Constituição política". CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. refundida e aumentada. Coimbra : 1991. p. 178-180.

[32] No tocante aos direitos fundamentais e sua sistematização enquanto *estruturas subjetivas,* é de se recomendar a exposição de CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucianal.* 4. ed. Coimbra : 1986. p. 434-448. Do mesmo autor, leia-se, por igual, o que ele escreve sobre a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, fazendo aquela referência básica a H. Krüger sobre os direitos fundamentais, que se regiam no âmbito das leis, e as

10. Os princípios são a alma e o coração das Constituições. Transgredi-los significa vulnerar o tecido mais nobre do corpo político. O que Hesse disse do Direito Constitucional poder-se-á dizer, em iguais termos, acerca dos princípios: "O direito da Constituição não pode ser derrogado nem modificado por lei ordinária"; nenhuma prescrição da ordem jurídica e nenhum ato do Estado deve ficar em contradição com ele; todos os Poderes estatais, e também o Legislativo, estão vinculados à Constituição".[33]

Têm, assim, os princípios, que são os fundamentos por excelência da ordem constitucional, o primado sobre todo o direito público interno remanescente *(der Vorrang vor allem übrigen iannerstaatlichen Recht).*

Essa precedência atribuída às normas e aos conteúdos constitucionais, de que os princípios são, decerto, a mais elevada expressão, conduz, na obra daquele constitucionalista, ao reconhecimento do princípio da "unidade da Constituição"; um princípio, sem dúvida, de profundo significado, que rege e guia a interpretação de todas as regras constitucionais e os demais princípios ordenadores da concretização normativa na sociedade.

Com efeito, assevera Hesse, "todas as normas da Constituição hão de interpretar-se de tal modo que se conjurem contradições com outras normas constitucionais. Somente uma tal solução para o problema corresponde ao princípio fundamental que as mantém em consonância com as decisões fundamentais da Constituição e livres de limitações de um só lado, circunscritas a aspectos parciais".[34]

11. A conexidade daqueles três princípios – pluralismo político, pluripartidarismo e representação proporcional – anima a compreensão de boa parte da essencialidade jurídica da Constituição brasileira, vista pelo ângulo político de suas bases. Fazem eles insustentáveis à luz da Constituição vigente os mencionados artigos do Código Eleitoral.

---

leis que se regem no âmbito dos direitos fundamentais (CANOTILHO, Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador.* Coimbra : 1982. p. 363; v. também KRÜGER, H. *Grudgesetz und Kartellgesezgebung,* 12, *apud* CANOTILHO, *op. cit.*, ult. p. 363).

[33] Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13, ergänzie Auflage. Heidelberg : 1982. p. 10-19.

[34] *Op. cit.*, p. 26-27.

É a mesma conexidade que Theodor Maunz descobriu entre a democracia, o Estado de Direito e a organização federativa, ao demonstrar a necessidade de uma interpretação sistêmica em matéria constitucional. Dando mais força a esse conceito, reproduz ele estas máximas da jurisprudência do Tribunal de Karlsruhe:

> "Nenhum preceito da Constituição pode ser tomado insuladamente e interpretado em si mesmo. Do conjunto material da Constituição emergem certos princípios constitucionais básicos e decisões fundamentais, aos quais se submetem as regras constitucionais isoladas. Deve-se, por conseguinte, interpretar estas de tal modo que sejam compatíveis com os princípios constitucionais elementares e com as decisões fundamentais do legislador constituinte".[35]

Aos princípios, o constitucionalista alemão Friedrich Müller, de Heidelberg, reconhece também ascendência de natureza interpretativa, nomeadamente em virtude da preponderante teoria do sistema, com a qual se concilia de forma intrínseca a tese da unidade da Constituição.

Graças à eficácia que possuem para uma interpretação sistêmica, têm eles – em conexão com qualquer regra da Constituição e sobretudo com os direitos fundamentais – a preferência, por estarem vinculados à tese da unidade da Constituição.[36]

12. Se dúvida ainda houvesse – e não poderá haver – acerca do conteúdo, da amplitude e da densidade normativa dos princípios, maiormente os princípios constitucionais, basta, com o fim de espancá-la, compulsar a doutrina constitucional contemporânea no que ela tem de mais alto e autorizado para conferir força e prestígio a esse dogma novo, coluna mestra da juridicidade das Constituições de nosso tempo.

Um princípio tem para a Constituição importância muito maior do que tem para o Direito Penal ou para o Direito Civil – proclama Horst Ehmke, judiciosamente. Fundamenta esse ponto de vista assinalando o

---

[35] *Deutsches Staatsrecht*, 19. Auflage. Munique : 1973. p. 55.

[36] MÜLLER, Friedrich. *Die Einheit der Verfassung*. Berlim : 1979. p. 191-195.

caráter constitutivo e unificante da Constituição, sobre o qual ele assenta. Mas sempre como expressão concreta da unidade material da Constituição numa ordem livre e democrática.[37]

O fato de que os princípios constitucionais não se podem subsumir não lhes retira o teor normativo, nem os faz distintos das demais normas, assevera Friedrich Müller. O constitucionalista de Heidelberg é terminante: "os princípios se alojam numa esfera mais abstrata de redução, todavia são normativos, portanto, direito vigente".[38]

Assinalando a autoridade que assume o princípio em conexão com o sistema, o clássico dos clássicos na renovação dos conceitos jurídicos entre os alemães, Joseph Esser, entende que somente aí tem ele força constitutiva *(Konstitutiv Kraft) ou* valor construtivo (*Konstruktiven Wert*).[39]

Depois de explicar por que a distinção entre princípios e normas no pensamento jurídico continental é de muito mais alcance do que aquela entre princípio e regra no pensamento da *common law,* Esser chega, a seguir, à conclusão de que o princípio é, em si, segundo a concepção continental, não uma "diretiva", mas "o fundamento, o critério e a justificação da diretiva", cuja posição no mecanismo do sistema é por ele estabelecida.[40]

A superioridade normativa do princípio é assinalada com toda a força da reflexão jurídica na obra *Introdução ao Direito Administrativo* de Agustin Gordillo, abalizado jurista argentino. Eixo dos critérios valorativos da Constituição, o princípio ostenta aquela "idoneidade normativa irradiante", referida por Canotilho. Mas tornemos a Gordillo:

> "Diremos então que os princípios de direito público contidos na Constituição são normas jurídicas; mas não só isso; enquanto a norma é um marco dentro do qual existe uma certa liberdade, o princípio tem substância integral (...).

---

[37] EHMKE, Horst. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation.* Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtsleher. Berlim : 1963. Heft 20. p. 77-78.

[38] MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 192.

[39] *Grundsatz und Norm,* 3, unveränderte Auflage. Tuebingen: 1974. p. 69.

[40] *Id. ibid.* p. 51-52.

> A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo (...). O princípio estabelece uma direção estimativa, um sentido axiológico, de valoração, de espírito (...). O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que, além do mais, tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito".[41]

13. Falta ainda referir outros clássicos do pensamento jurídico contemporâneo, cujas posições não se arredam dessa compreensão normativa do princípio.

Haja vista, a esse respeito, o italiano Norberto Bobbio, que aplaude Crisafulli e dele se afasta unicamente em pontos secundários. Com a clareza que lhe é peculiar, o jurista-filósofo peninsular assevera:

> "Os princípios são, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípio induz ao engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. De minha parte, não tenho dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é também a tese sustentada pelo estudioso que mais largamente se ocupou do problema, ou seja, Crisafulli".[42]

Quanto a Crisafulli, interveio na matéria de uma forma decisiva, pela precisão e inovação dos conceitos. Em 1952, precursoramente, ele já elucidava:

---

[41] "Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no solo eso; mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral (...). La norma es límite, el principio es límite e contenido (...). El principio estabelece una direción estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu (...). El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu." (*Introducción al Derecho Administrativo, apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* : interpretação e crítica. São Paulo : 1990. p. 97.)

[42] "I principi generali non sono, a mio vedere, che norme fondamentali o generalissime del sistema, le norme piú generali. Il nome di principi trae in inganno, tanto che è vecchia questione tra i giuristi se i principi generali siano norme. Per me non c'è dubbio: i principi generali sono norme come tutte le altre. E questa è anche la tesi sostenuta dello studioso che si è occupato più ampiamente del problema, il Crisafulli" (BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico.* Turim : G. Giappichelli. p. 181).

> "Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares. E se dizem por antonomásia princípios gerais aqueles comuns a uma série numerosa de normas particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém".[43]

A seguir, sem deixar espaço a qualquer dúvida: "Um princípio, quer expresso numa formulação legislativa especial, quer, ao contrário, implícito ou latente no ordenamento, constitui apenas uma norma, aplicada como regra de determinados comportamentos públicos ou privados".[44]

Com irrepreensível lógica, o mesmo Crisafulli, pelejando ainda a favor da normatividade dos princípios, aduz: "(...) se os princípios fossem simples diretivas teóricas, necessário seria então admitir coerentemente que, em tais hipóteses, a norma é posta pelo juiz e não, ao contrário, por este somente *aplicada* ao caso concreto".[45]

A conclusão extraída de uma leitura de Crisafulli não pode ser outra senão esta: tudo quanto está na Constituição é jurídico, tem força de norma. A Constituição mesma, "como qualquer outra lei", configura, para ele, "antes de tudo e sempre um ato normativo", e suas disposições devem ser invariavelmente compreendidas como "disposições normativas".[46]

---

[43] "Principio è, infatti, ogni norma giuridica, in quanto considerata como determinante di una o più altre, subordinate, che la presuppongono svileppandone e specificandone ulteriormente il precetto in direzioni più particolari. E si dicono per antonomasia principi generali quelli comuni a una serie numerosa di norme particolari (meno generali), delle quali determinano, e pertanto riassumono potenzialmente, il contenuto: siano poi, queste, effetivamente poste, siano invence soltanto desumibili dal rispettivo principio generale che le contiene (BOBBIO, Norberto. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio.* Milão : 1952. p. 15).

[44] "Un principio, sia espresso in una apposita formulazione legistativa, sia invece implicito o latente nell'ordinamento, costituisce dunque una norma, applicabile quale regola di determinati comportamenti pubblici o privati." (*Op. cit.*, p. 15-16.)

[45] "(...) se i principi fossero semplici direttive teoriche, bisognerebbe allora ammettere coerentemente che in tali ipotesi la norma è posta dal giudice, e non è invenci da questi solamente *applicada* al caso specifico." (*Op. cit.*, p. 16.)

[46] *Id., ibid.*, p. 11.

Com idêntica firmeza e abrangência, Peczenik: os princípios são proposições normativas e não declarações descritivas; acrescenta o jurista que eles dizem o que deve ser e o que é permitido, não aquilo que o caso é na realidade (*actually*).[47]

Dessa admissão da normatividade dos princípios participa também um dos mais jovens e brilhantes juristas da Alemanha, Robert Alexy, autor de uma recente e clássica *Teoria dos direitos fundamentais (Theorie der Grundrechte)*. Afirma Alexy que a distinção entre regras e princípios é distinção entre duas variedades de normas e examina, a seguir, os distintos critérios utilizados para fundamentar essa distinção. Tanto as regras como os princípios são normas, porque ambos dizem o que "deve ser" *(was gesollt ist)*.[48]

Os princípios fundamentais da Constituição, dotados de normatividade, constituem, ao mesmo tempo, a chave de interpretação dos textos constitucionais. Mas essa importância decorre em grande parte de um máximo poder de legitimação que lhes é inerente.

Afirmar que os princípios garantem unicamente a parte "organizativa" da Constituição, a estrutura e a competência dos órgãos constitucionais, como advertiu muito bem Sergio Fois, seria privá-los de eficácia juridicamente vinculante para a proteção e a garantia dos indivíduos e dos grupos sociais, "comprometendo o valor e a funcionalidade de todo o sistema constitucional, cujas várias partes se ligam estreitamente".[49]

14. A extrema relevância dos princípios constitucionais – nomeadamente daqueles que hoje invalidam, com o advento da nova Lei Suprema, os dois parágrafos já mencionados dos arts. 106 e 109 do Código Eleitoral, bem como as disposições respectivas de uma resolução do Tribunal

---

[47] "Principles are normative propositions. They are not descriptive statements. They say what ought to be and what is permitted, not what actually is the case". (Principles of law. *In: Rechtstheorie*, 2. Band. Berlim : 1971. p. 29).

[48] "Die Unterscheidung *von Regeln und Prinzipien ist also eine Unterscheidung zwischen zwei* Arten von Normen." Alexy, sancionando essa distinção, já dantes afirmara que ela constituía um dos pilares-mestres da teoria dos direitos fundamentais. "Mit alleden ist die Unterscheidung zwischen Regeln, und Prinzipien einer der Grundpfeiler des Gebäudes der Grundrechtstheorie" (*Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden : 1985. p. 71- 72).

[49] *Principi constituzionali* e *libera manifestazione del pensiero*. Milão : 1957. p. 9.

Superior Eleitoral – fica irretorquivelmente patenteada nessa farta literatura jurídica a que nos reportamos. Dela desponta, persuasiva e incontrastável, a lição dos mestres.

Aqueles princípios com os quais são hoje incompatíveis os sobreditos parágrafos e disposições pertencem a uma categoria que Canotilho denomina *princípios estruturantes,* "constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional", compondo a unidade material da Constituição.[50]

Enfim, um jurista brasileiro do quilate de Celso Antônio Bandeira de Mello, compendiando toda a doutrina aqui expendida, chega a uma conclusão que não poderia ser outra e que deve estar presente aos aplicadores da legislação ordinária, e com mais razão agora no exame da inconstitucionalidade de partes do Código Eleitoral, em face da nova Constituição:

> "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".[51]

15. Em suma, violados foram três princípios expressos da Constituição. A lesão de inconstitucionalidade é, portanto, deveras extensa e profunda. Há, conforme demonstramos, um novo Direito Eleitoral para os pontos específicos acoimados de insubsistentes perante a Carta Magna de 1988. Esse direito flui da Constituição, dos três princípios básicos ali enunciados: o pluralismo político, o pluripartidarismo e a representação proporcional; todos providos de suprema virtude normativa para fazerem ineficazes, por *inconstitucionalidade,* desde a promulgação da Lei Maior de 5.10.88, os preceitos objeto desta consulta, a saber: o parágrafo único

---

[50] *Direito Constitucional.* 4. ed. Coimbra : 1986. p. 129.

[51] *Elementos de Direito Administrativo.* São Paulo : 1980. p. 230. (V. *Curso de Direito Administrativo.* 7. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1995. p. 538.)

do art. 106 do Código Eleitoral em vigor, o § 2º do art. 109 do mesmo Código, o *caput* do art. 47 da Resolução nº 16.640 do Tribunal Superior Eleitoral, no lugar onde se lê "*inclusive os em branco*", bem como o § 2º do art. 48 da sobredita Resolução.

É o nosso parecer, s.m.j.

Em 28 de abril de 1991.