

ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 11 – NÚMERO 3
SETEMBRO/DEZEMBRO 2016
BRASÍLIA – 2017



EJE

Escola Judiciária Eleitoral
Tribunal Superior Eleitoral

ESTUDOS ELEITORAIS

A CONSTITUIÇÃO, O SISTEMA ELEITORAL PROPORCIONAL E A MINIRREFORMA ELEITORAL DE 2015

JOÃO MARCEL BRAGA MACIEL VILELA JUNIOR



A CONSTITUIÇÃO, O SISTEMA ELEITORAL PROPORCIONAL E A MINIRREFORMA ELEITORAL DE 2015¹

THE CONSTITUTION, THE ELECTORAL PROPORTIONAL SYSTEM AND ELECTORAL MINI-REFORM OF 2015

JOÃO MARCEL BRAGA MACIEL VILELA JUNIOR²

RESUMO

Este texto objetiva apurar se são constitucionais a exigência de votação nominal mínima para eleição de candidato no sistema eleitoral proporcional e a adoção dessa exigência como cláusula de exclusão de participação de partidos políticos na distribuição das cadeiras vagas. A abordagem tem caráter teórico-argumentativo e utiliza a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Com base em doutrinas nacionais, estrangeiras e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, fica constatado que há violações de diversos princípios constitucionais e eleitorais, assim como do sistema eleitoral proporcional.

Palavras-chave: Princípios constitucionais-eleitorais. Sistema eleitoral proporcional. Minirreforma eleitoral. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This article aims to determine whether the requirement for minimum nominal vote for candidate election on the proportional electoral system and adopting this requirement as exclusion clause of participation of political parties in the distribution of vacant seats are constitutional or not. The approach has theoretical and argumentative

¹ Artigo recebido em 11 de maio de 2016 e aprovado para publicação em 13 de dezembro de 2016.

² Pós-graduando em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)/DF. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário CESMAC/AL. Advogado.

character and uses the bibliographic and documentary research technique. Based on national doctrines, foreign and jurisprudence of the Supreme Court and the Superior Electoral Court is found that there are violations of various constitutional and electoral principles, as well as the proportional electoral system.

Keywords: Constitutional principles. Electoral proportional system. Electoral mini-reform. Unconstitutionality.

1 Introdução

A Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, reformou algumas das diversas leis eleitorais existentes no nosso ordenamento jurídico, como o Código Eleitoral, que teve os arts. 108 e 109 modificados.

O primeiro artigo trata da eleição de candidatos por meio do sistema eleitoral proporcional e a ele se acrescentou a exigência de votação mínima individual para o candidato ser eleito. O segundo dispõe sobre a distribuição dos lugares não preenchidos pelos partidos políticos, porque conseguiram poucas cadeiras pelo quociente partidário ou porque os candidatos não alcançaram o referido quórum mínimo para assumirem a vaga conquistada.

Tais novidades foram introduzidas com a finalidade de evitar a eleição de candidatos com inexpressiva quantidade de votos favorecidos pelos chamados *puxadores de votos* – candidatos populares que, sozinhos, conseguem votos suficientes para que o ente partidário conquiste mais de uma vaga no pleito disputado.

Não entrando no mérito da necessidade dessas novas regras, é imprescindível que sejam válidas e estejam conforme os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Este estudo pretende analisar se há essa conformidade com base nos princípios constitucional-eleitorais e o significado do sistema eleitoral proporcional – englobando a questão de a quem pertence o mandato eletivo.

Por fim, há duas possíveis conclusões: verificando-se a concordância da reforma com a Constituição, mantêm-se e aplicam-se as novas normas; existindo desconformidade, faz-se necessário eliminar as mudanças do ordenamento jurídico para evitar os danos causados ao sistema eleitoral proporcional, aos partidos políticos, aos candidatos e, principalmente, ao povo.

2 Da teoria geral da Constituição e do ordenamento jurídico

De início, importante lembrar que o neoconstitucionalismo firma a constituição de um Estado como a norma suprema e fundamental do ordenamento jurídico, servindo para proteger as garantias e os direitos fundamentais postos e para nortear os fins do Estado para o futuro.

Com efeito, para que uma constituição seja norma fundamental e suprema, é preciso adotar o pressuposto do escalonamento normativo do ordenamento jurídico, pois, como ensina Norberto Bobbio (1999, p. 49) ao tratar da unidade do ordenamento jurídico e da hierarquia de normas,

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica. As normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica.

A consequência de as normas constitucionais serem superiores às outras é que passam a ser o centro de validade de todo o ordenamento jurídico e acarretam a imprescindibilidade de sua observância nos atos praticados pelos entes públicos e pelas normas infraconstitucionais editadas, pois, conforme advertência de Bobbio (1999, p. 53),

Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir esse poder, estabelece também os limites entre os quais pode ser exercido. [...] À medida que se avança de cima para baixo na pirâmide, o poder normativo é sempre mais circunscrito. [...] Os limites com que o poder superior restringe e regula o poder inferior são de dois tipos diferentes: a) relativo ao conteúdo;

b) relativo a forma. [...] A observação desses limites é importante, porque eles delimitam o âmbito em que a norma inferior emana legitimamente: uma norma inferior que exceda os limites materiais, isto é, que regule uma matéria diversa da que lhe foi atribuída ou de maneira diferente daquela que lhe foi prescrita, ou que exceda os limites formais, isto é, não siga o procedimento estabelecido, está sujeita a ser declarada ilegítima e a ser expulsa do sistema.

Todavia, para que haja a declaração de ilegitimidade e a exclusão da norma do sistema, é necessária a adoção do controle de constitucionalidade que decorre dos princípios da supremacia e de rigidez constitucional.

A supremacia constitucional decorre da hierarquia das normas. A rigidez constitucional, por sua vez, somente existe nas constituições escritas, que possuem processo legislativo mais complexo para modificar as normas superiores em relação às normas infraconstitucionais.

O controle de constitucionalidade, segundo Silva (2005, p. 45-46), é a análise de uma incompatibilidade vertical entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, tanto em questões materiais quanto formais, ou, na lição de Cunha Júnior (2010, p. 33), o prevailecimento de normas superiores sobre inferiores quando não são harmônicas entre si dentro do ordenamento jurídico.

Segundo Alexandre de Moraes (2007, p. 36), ao se interpretar a Lei Maior diante dos casos postos, devem-se buscar quatro finalidades importantes para garantir a aplicabilidade de seus preceitos:

A primeira finalidade básica da interpretação constitucional é garantir o máximo de efetividade do texto magno, consagrando sua força normativa e garantindo a interpretação de todo o ordenamento jurídico em conformidade com suas normas. A segunda finalidade da interpretação constitucional é a integração do ordenamento constitucional. A terceira finalidade constitui na realização do controle formal e material das leis e atos normativos editados pelos poderes constituídos. A quarta finalidade é a de eleger a solução mais correta e justa para o caso, do ponto de vista dos Princípios e Direitos Fundamentais consagrados no

texto constitucional, verdadeiros paradigmas para a aplicação do Direito Positivado.

Com efeito, é cabível ainda o ensinamento de José Jairo Gomes (2015, p. 23), que compreende o ordenamento jurídico como um sistema complexo em cujo centro está a Constituição. Contudo, esse sistema complexo não é fechado, ou seja, não é somente aquilo posto, escrito, fixado, mas é aberto, por estar sempre interagindo e dialogando consigo mesmo e, principalmente, por aceitar a ideia de cláusulas abertas, princípios e conceitos indeterminados, que muitas vezes estão além do positivismo. E, nesse sistema complexo, é possível encontrar alguns sistemas menores, com princípios e diretrizes próprios, coerentes e bem ordenados, demonstrando uma identidade particular: os chamados microssistemas.

Dessa maneira, é possível visualizar, para qualquer caso de interpretação, as linhas gerais de como se deve observar a Lei Fundamental do ordenamento jurídico em face das demais normas.

A interpretação da Constituição deve ser sistemática, observando-se sempre a garantia de suas normas postas, projetando-a ao futuro, buscando maior efetividade e tendo em mente a existência de princípios e conceitos implícitos no próprio sistema positivado ou até mesmo fora dele, como no jus naturalismo.

3 Da Constituição brasileira e suas normas

A Constituição da República institui o Brasil como um Estado democrático de direito, sendo fundamentado nos valores da soberania, da cidadania e do pluralismo político, bem como estabelece que o povo brasileiro é o titular do poder soberano, e este pode ser exercido indiretamente, por meio de representantes eleitos pelo sufrágio universal, com voto direto, secreto e de igual valor para todos, ou diretamente, quando houver plebiscito, referendo ou iniciativa popular (arts. 1º, parágrafo único, e 14, *caput*, incisos I, II e III).

Ademais, a Lei Maior veda candidaturas avulsas, adota o sistema proporcional para as eleições no âmbito do Poder Legislativo, exceto ao Senado Federal, e garante aos partidos políticos alguns direitos, como o funcionamento parlamentar, recebimento de recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão (art. 14, § 3º, inciso V; art. 17, inciso IV, § 3º; art. 27, § 1º; art. 32, § 3º; e art. 45, *caput*, CF).

Os princípios da representatividade indireta e da soberania popular se complementam. Este se resume em o povo ser a fonte de todo o poder estatal, aquele é uma forma de exercício legítimo da vontade da sociedade. Em outras palavras, o povo é detentor do poder soberano e escolhe alguns representantes para tomarem as decisões em seu nome por determinado tempo.

Já os princípios da cidadania e do sufrágio estão interligados e devem ser interpretados de forma conjunta e, de certo modo, se concretizam no ato de votar. De forma sucinta, cidadania pode ser conceituada como a participação do eleitor na decisão política e sufrágio é o direito de votar. Logo, o voto acaba sendo o exercício do sufrágio e um ato de cidadania, além da efetivação da vontade soberana.

Esses princípios se ajustam bem ao da democracia, que Marcos Ramayana (2015, p. 23) define como “governo em que o povo exerce, de fato e de direito, a soberania popular, dignificando uma sociedade livre, onde o fator preponderante é a influência popular no governo de um Estado”.

Com efeito, o pluralismo político não se confunde nem se restringe ao pluripartidarismo, pois:

Pluripartidarismo é regime político que admite a formação legal de diversos partidos e sem dúvida é um dos vetores que concretizam o pluralismo político, mas com este não se confunde. O pluralismo político está relacionado à diversidade de ideias, de grupos, de setores, organizados ou não que sejam formadores de opinião da sociedade brasileira (JORGE; LIBERATO; RODRIGUES; 2016, p. 52).

Além desses princípios, Gomes (2015, p. 56) destaca ainda o da legitimidade das eleições, previsto no art. 14, § 9º, da Constituição da República:

Legítimo é o que está de acordo com a verdade, com a ideia de justiça e com os valores predominantes, é o que observou o procedimento legal adrede traçado, enfim, é o que resulta da soberania popular. [...] Note-se que legitimidade não se confunde com legalidade. Esta se refere à conformação ou adequação de um fato ao Direito Positivo. A ideia de legitimidade é bem mais ampla e sutil, pois já pressupõe essa adequação, isto é, pressupõe a legalidade; na verdade, encontra-se a legitimidade relacionada a um sistema de valores.

José Afonso da Silva (2005) pontua que o Estado democrático de direito é uma evolução dos conceitos de Estado democrático e de Estado de direito, pois não se restringe à mera reunião formal de conceitos; vai além da adoção do poder soberano popular e da observância estrita da legalidade.

Por Estado democrático de direito deve-se entender um Estado em que o poder soberano pertence ao povo e em que existe respeito às leis, ao povo, maioria e minoria, e aos princípios, em especial os de cunho individuais, sociais, políticos, culturais e econômicos.

A respeito dessa evolução, Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 164) destacam que os partidos políticos nasceram desse processo, afirmando:

Destarte, nesse processo evolutivo em prol do alcance e sedimentação da democracia, entram em cena os partidos políticos. É que, uma vez adotada a democracia representativa (art. 1º, parágrafo único, da CF/1988), cabe ao povo escolher, pelo sufrágio, os seus representantes na execução e criação das leis que serão por todos obedecidas. Nesse ínterim, exsurge o partido político como elo fundamental entre o povo e o Estado, servindo como canal de aglutinação, debate, reflexão e discussão da sociedade civil em torno de ideais políticos, e, acima de tudo, permitindo que o poder do Estado, que emana do povo, se concretize mediante a escolha dos representantes que exercerão mandatos nos poderes executivo e legislativo.

Na definição de José Jairo Gomes (2015, p. 93), partido político é:

A entidade formada pela livre associação de pessoas, com organização estável, cujas finalidades são alcançar e/ou manter de maneira legítima o poder político-estatal e assegurar, no interesse do regime democrático de direito, a autenticidade do sistema representativo, o regular funcionamento do governo e das instituições políticas, bem como a implementação dos direitos humanos fundamentais.

Por sua vez, Augusto Aras (2011, p. 14) entende que as agremiações políticas têm a importância de evitar a personificação e veneração da imagem de pessoas públicas ou com certas influências negativas por questões sociais e econômicas em determinadas regiões.

Deveras, a doutrina e a jurisprudência são unânimes no entendimento de que a Lei Maior, ao adotar a filiação partidária como condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, inciso V, CF), acabou vedando a possibilidade de candidatura avulsa. Consequência dessa vedação é a indispensabilidade dos partidos políticos na disputa dos pleitos eleitorais.

Ademais, a ideia de partido político é tão essencial ao sistema político-eleitoral adotado por nossa Constituição que mereceu um capítulo próprio (art. 17, CF), prevendo diversos direitos e obrigações.

As obrigações dos partidos, em suma, são de resguardar valores como a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, bem como de possuir caráter nacional, de não poder receber recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiro, de prestar contas à Justiça Eleitoral, entre outras.

Já os principais direitos dos partidos políticos são o de receber recursos do Fundo Partidário, o de antena – que é o acesso gratuito aos canais de rádio e de televisão –, assim como o da representação parlamentar.

No geral, essas são as regras adotadas como norte pelo poder constituinte originário e mantidos, até agora, pelo constituinte derivado reformador. Logo, enquanto estiverem em vigência, devem ser preservadas e obedecidas por todos, dos representantes dos três poderes ao povo, visto que são válidas e dotadas de poder normativo, conforme lição de Bobbio (1999, p. 58):

Portanto, se existem normas constitucionais, deve existir o poder normativo do qual elas derivam: esse poder é o poder constituinte. O poder constituinte é o poder último, ou, se quisermos, supremo, originário, num ordenamento jurídico. [...] Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa norma é a norma fundamental. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las. [...] Pode ser formulada da seguinte maneira: “O poder constituinte está autorizado a estabelecer normas obrigatórias para toda a coletividade”, ou: “A coletividade é obrigada a obedecer às normas estabelecidas pelo poder constituinte”.

Além disso, é importante destacar que os partidos políticos são elementos imprescindíveis para o funcionamento do sistema eleitoral proporcional, também adotado por nossa Lei Maior.

4 Do sistema eleitoral proporcional

De maneira objetiva, é possível retirar dos ensinamentos de Jairo Nicolau (2004, p. 10) a conceituação de sistema eleitoral como um conjunto de regras que tem a finalidade de converter os votos em mandatos.

Com efeito, é imprescindível pontuar que sistema eleitoral proporcional, a princípio, deve ser visto como um gênero, conforme ensinamento do referido cientista político.

Esse sistema possui as finalidades de distribuir de forma equânime as vagas existentes nas casas legislativas entre as diversas agremiações políticas de acordo com sua representação

perante o povo, o que favorece os grupos minoritários, e de refletir os vários pensamentos e ideologias existentes na sociedade que são projetados nos partidos políticos (GOMES, 2015, p. 122-123).

Em outros termos, as finalidades desse sistema são garantir proporção matemática entre a relação de votos e cadeiras, além de equilibrar a disputa e de dar chances às minorias de conseguir chegar ao poder com base no tamanho da sua representação.

Por ser gênero, o sistema eleitoral proporcional possui algumas espécies ou tipos. Segundo Nicolau (2004, p. 38), são espécies desse sistema o voto único transferível e o sistema de listas, o qual os descreve:

O voto único transferível tem como propósito garantir que as opiniões relevantes da sociedade (abrigadas ou não nos partidos) estejam no Parlamento. O sistema de lista procura distribuir as cadeiras do Parlamento utilizando os partidos como unidade fundamental. No primeiro caso é calculada uma quota de votos que cada candidato deve atingir para ser representado. No segundo, é calculada uma quota que cada partido deve atingir.

Possível perceber dessa lição que as espécies apresentam protagonistas diferentes na disputa do pleito. Enquanto na primeira é o candidato, na segunda é a agremiação partidária.

Na mesma linha de raciocínio, no tocante ao sistema proporcional, foi o voto do Ministro Carlos Ayres Britto por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Mandado de Segurança nº 26.602/DF, de 2007 (BRASIL, 2007), no qual se discutia a infidelidade partidária e a quem pertencia o mandato político, tendo ele dito na sua fundamentação:

Pelo princípio majoritário de eleição, próprio das candidaturas a cargo de senador da República, a majoritariedade mesma (a significar vitória eleitoral pela obtenção da maioria nominal ou unipessoal de votos) tem que ser alcançada pelos candidatos. Uns em confronto com os outros. Candidatos *versus* candidatos. Já pelo sistema proporcional de eleição, essa majoritariedade há de ser alcançada pelos partidos políticos e suas eventuais coligações.

Uns em oposição aos outros. Partido *versus* partido, coligação *versus* coligação. Do que se percebe, instantaneamente, que pelo primeiro sistema (o majoritário) há um componente bem maior de individualidade. De prestígio pessoal de cada um dos contedores. Cada qual a se confrontar, pessoalmente, com seus adversários. Sem que se exija das respectivas agremiações partidárias (isolada ou aliançadamente) nenhum patamar de votos mínimos. Nenhuma cláusula quantitativa de barreira. Tudo se resolve pelo escore eleitoral do jogo entre individualizados contedores, que não podem se beneficiar do bom desempenho senão de si mesmos. Logo, sem que se possa falar nem de puxadores de votos nem de caroneiros. Ainda que se trate de eleição para preenchimento de duas vagas em cada Estado e no Distrito Federal.

[...] Ora bem, tudo isso é o contrário do que se dá na órbita do sistema proporcional. Aqui, a majoritariedade deixa de ser imediatamente individual para ser coletiva. A performance eleitoral do conjunto dos agremiados é o que mais conta. Exige-se desse conjunto um patamar mínimo de votos, e não dos candidatos de *per se*. Logo, a exigência da obtenção de maioria de votos (majoritariedade) não se encarna senão em cada partido e em cada eventual coligação.

Tornou-se evidente que se tratava de sistema proporcional de listas, visto que os protagonistas nesse sistema são as agremiações políticas e não os candidatos. Assim, a lógica do sistema proporcional de lista é a disputa entre os grupos políticos: eles ganham ou perdem, não há que se falar em pessoas – só e somente só em partidos. Essa é a regra basilar da espécie proporcional de lista.

A respeito de como os partidos conseguem conquistar cadeiras nas disputas eleitorais pelo sistema de listas, Jairo Nicolau (2004, p. 44) ensina que há a necessidade de adotar alguma fórmula matemática para fazer essa distribuição de forma justa e que essas fórmulas são divididas em dois grupos: maiores médias – utilizam um divisor – ou maiores sobras – aplicam-se quotas. E explica esses grupos da seguinte forma:

As fórmulas de maiores médias dividem os votos recebidos pelos partidos por números em série. Feita a divisão, os partidos que obtêm números mais altos vão ocupando sucessivamente as cadeiras disputadas. As fórmulas de maiores sobras operam em dois estágios. O primeiro é o cálculo de uma quota que será utilizada

como denominador da votação de cada partido: quantas quotas um partido atingir, tantas cadeiras ele elegerá. Geralmente, após a divisão dos votos de cada partido pela quota algumas cadeiras não são preenchidas. O segundo estágio é a distribuição dessas cadeiras restantes, que irão para os partidos cujos votos mais se aproximam do valor da quota (maiores sobras). A principal distinção das fórmulas de maiores sobras concerne ao cálculo da quota. O total de votos pode ser dividido pelo número de cadeiras (quota *Hare*), ou pelo número de cadeiras mais 1 (quota *Droop*).

Deveras, extrai-se da leitura dos arts. 106 a 109 do Código Eleitoral que o Brasil adota a fórmula de maiores sobras ao instituir os quocientes eleitoral e partidário, assim como aceitou a quota *Droop* para distribuir as cadeiras não preenchidas entre os partidos.

Ademais, Marcos Ramayana (2015, p. 166), ao analisar o sistema eleitoral de lista, explica que os três principais tipos são o fechado, o flexível e o aberto, sendo este o aplicado no Brasil.

Com efeito, a título de organização conceitual, se o sistema proporcional deve ser entendido como um gênero e o sistema de listas é uma de suas espécies, os tipos de listas apresentados pelo referido autor são, na verdade, uma subespécie desse sistema.

Logo, deve-se conceber que o tipo de lista aberta é uma das subespécies da espécie sistema de listas, que, por sua vez, é uma das espécies do gênero sistema eleitoral proporcional.

A importância prática e teórica dessa divisão organizacional serve para demonstrar e separar onde determinadas normas se aplicam. Se uma norma ou preceito for aplicado ao gênero, necessariamente seus efeitos irradiarão também nas espécies e subespécies adotadas.

Todavia, uma regra aplicada especificamente na subespécie deve respeitar os preceitos da sua espécie e gênero, não podendo contrariá-los. Além de que, provavelmente não será aplicada na espécie, no gênero, ou até mesmo em outra subespécie.

Dito isso, volta-se às subespécies. De forma sucinta e objetiva é a distinção de cada subespécie realizada por Jairo Nicolau (2004, p. 54):

A principal distinção nas regras para seleção de candidatos no sistema de representação proporcional é o grau de influência dos partidos comparado ao dos eleitores. No sistema de lista fechada os partidos definem antes das eleições o ordenamento dos candidatos, e os eleitores podem apenas votar numa das listas. Outros modelos permitem algum tipo de intervenção do eleitor na definição dos candidatos eleitos (voto preferencial). Nos sistemas de lista aberta e lista livre são os eleitores que definem quais nomes da lista serão eleitos. O caso mais complexo é o da lista flexível, no qual os partidos apresentam uma lista de candidatos em ordem de preferência, mas o eleitor pode estabelecer preferência para candidatos específicos.

Torna-se evidente que as subespécies servem para designar os representantes dos partidos políticos que conquistaram a quantidade de votos necessários para ganhar pelo menos uma vaga. Logo, se pela espécie sistema de listas o partido conquista uma vaga, a subespécie adotada por esse sistema indicará o representante do partido – o candidato eleito.

Retira-se desse ensinamento que, enquanto na subespécie lista fechada são os partidos quem indicam previamente a ordem exata dos seus representantes para as eventuais cadeiras conquistadas, sem que o eleitor possa modificar, na lista aberta é o inverso: os partidos somente registram seus candidatos aptos em uma lista e aos eleitores cabe ordenar a exata ordem de candidatos para assumirem as possíveis vagas conquistadas. E essa ordem se dará por meio de votos.

Conforme disse o Ministro Cezar Peluso por ocasião da análise da Consulta nº 1.397/DF pelo Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2007), a votação nominal é critério subordinado, derivado e acessório; desempenha apenas função ordinatória para o preenchimento dos cargos à disposição do partido.

Assim, as subespécies regulamentam como e quem será a escolha do representante, somente isso. Nesse contexto deu-se o

voto do Ministro Gilmar Mendes no citado Mandado de Segurança nº 26.602/DF, conforme o excerto:

No sistema eleitoral adotado no Brasil, impõe-se precisar (1) o número de votos válidos, (2) o quociente eleitoral, (3) o quociente partidário, (4) a técnica de distribuição de restos ou sobras e (5) o critério a ser adotado na falta de obtenção do quociente eleitoral. Os votos válidos são os votos conferidos à legenda partidária e ao candidato. Não são computados os votos nulos e os votos em branco. O quociente eleitoral, que traduz o índice de votos a ser obtido para a distribuição das vagas, obtém-se mediante a divisão do número de votos válidos pelos lugares a preencher na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras de Vereadores. O quociente partidário indica o número de vagas alcançado pelos partidos e é calculado pela divisão do número de votos conferidos ao partido, diretamente, ou a seus candidatos pelo quociente eleitoral, desprezando-se a fração. [...] Na verdade, embora haja participação especial do candidato na obtenção de votos com o objetivo de posicionar-se na lista dos eleitos, tem-se que a eleição proporcional se realiza em razão de votação atribuída à legenda. Ademais, como se sabe, com raras exceções, a maioria dos eleitos sequer logram obter o quociente eleitoral, dependendo a sua eleição dos votos obtidos pela agremiação.

De maneira prática e didática, Edson de Resende Castro (2014, p. 24) explica-o da seguinte forma:

As eleições para vereador e deputados estadual e federal, todavia, são disputadas pelo dito sistema eleitoral, cuja finalidade é distribuir proporcionalmente as cadeiras do parlamento entre os diversos partidos políticos que se apresentarem à disputa e, com isso, tornar mais equilibradas as forças na casa legislativa. Percebe-se, então, que esse sistema consagra a disputa partidária e não mais a disputa entre candidatos – como no majoritário. É dizer que o sistema proporcional busca o desempenho partidário – e não o desempenho pessoal –, pois todos os votos são dados primeiramente no partido, e, às vezes, apenas no partido. Não é sem razão que os dois primeiros números com os quais o candidato se apresenta são identificadores do partido político da sua filiação, condutor da candidatura. Quando o eleitor escolhe certo candidato e digita seu número na urna eletrônica está manifestando, a um só tempo, duas vontades distintas: primeiramente, a escolha do partido e, só então, a opção por aquele candidato dentre

os vários apresentados pela agremiação política. A totalização de votos que o sistema proporcional faz é exatamente desses dois números do partido – quando são considerados também os chamados votos unicamente de legenda, manifestados apenas ao partido – chegando-se ao desempenho partidário e, portanto, ao quociente atingido pela agremiação, que corresponde ao número de vagas a serem ocupadas no parlamento. Fácil concluir, por conseguinte, que é o partido político que conquista as vagas, ou seja, os mandatos de vereador e deputados estadual e federal. Os candidatos registrados por esse partido, então, são chamados na ordem decrescente dos votos nominais que obtiveram, ao exercício desses mandatos. Não é demais dizer, então, que os eleitos têm apenas o exercício dos mandatos, como representantes do partido que os conquistou, já que a ele filiados e por ele candidatos.

Portanto, pelo exposto, é possível concluir até este momento que a base teórica é de que o sistema proporcional citado no texto constitucional se refere ao gênero, cuja finalidade é garantir uma proporção matemática na relação de quantidade de votos e cadeiras, assim como equilibrar a disputa do pleito, dando chances maiores de a minoria ter representação no poder.

Por sua vez, o Código Eleitoral adota como espécie do gênero o sistema de listas, onde o protagonismo da disputa pelo poder consiste nos grupos – nos partidos. Aqui a essência é dizer quantas cadeiras cada partido conquistou na disputa do pleito, independentemente da fórmula matemática escolhida.

Por fim, a referida norma legal complementa a espécie sistema de lista com a subespécie lista aberta. Qualquer que fosse a subespécie preferida, a sua base teórica é somente para indicar quem serão os representantes dos partidos que conquistaram as cadeiras na disputa eleitoral. A de lista aberta diz que os representantes eleitos serão os mais preferidos dos apoiadores do partido, ou seja, aquele que obteve as maiores votações.

5 Da minirreforma eleitoral

Recentemente, foi aprovada e sancionada a Lei nº 13.165/2015, popularmente denominada *minirreforma eleitoral*. A citada norma promoveu mudanças em algumas leis eleitorais, como na Lei das Eleições (nº 9.504, de 30 de setembro de 1997), na Lei dos Partidos Políticos (nº 9.096, de 19 de setembro de 1995) e no Código Eleitoral (nº 4.737, de 15 de julho de 1965).

As mudanças que importam para este estudo se encontram nos arts. 108 e 109 do Código Eleitoral. O primeiro artigo comanda a escolha do candidato que representará o partido quando este conquistar alguma cadeira; o segundo versa a respeito da distribuição das vagas não preenchidas.

Cabe ressaltar que essas mudanças se devem à tentativa de acabar ou diminuir a figura dos *puxadores de votos*, aqueles candidatos que conseguem votos nominais numa quantidade que ultrapassa o quociente eleitoral.

O art. 108 passou a exigir que, para serem eleitos, os candidatos possuam pelo menos 10% de votos nominais em relação ao quociente eleitoral. O parágrafo único impõe que as vagas não preenchidas em decorrência da falta de candidatos com aquele percentual deverá ser distribuída conforme regra do art. 109.

Por sua vez, o art. 109 do Código Eleitoral regulamenta a distribuição das cadeiras não preenchidas com a aplicação do quociente partidário ou pela exigência da votação mínima pessoal.

O inciso I do art. 109 prevê a distribuição dos lugares não preenchidos aos partidos que apresentarem as maiores médias e possuírem concomitantemente candidatos que atendam à exigência de votação nominal mínima. De acordo com o inciso II, essa operação irá se repetir até que se preencham as cadeiras faltantes.

Conforme o inciso III, existindo ainda cadeiras livres, mas faltando a exigência de candidatos com votação nominal mínima, serão

distribuídas as cadeiras aos partidos que possuírem maior média, desconsiderando a votação nominal mínima.

O § 1º impõe a observância da ordem de votação dos candidatos para assumirem as cadeiras conquistadas pelos partidos, enquanto o § 2º restringe a participação da distribuição das cadeiras vagas aos partidos que tiverem obtido o quociente eleitoral pelo menos uma vez.

Dessa forma, é possível observar que há divergências evidentes entre as regras instituídas pela nova lei e as regras constitucionais e teóricas do sistema proporcional como um todo.

5.1 Da quantidade de votação nominal mínima

Com efeito, a exigência de votação mínima para eleger os representantes dos partidos é contraditória com a própria ideia do sistema de listas, bem como com o ordenamento jurídico.

Como visto, na espécie sistema de listas a disputa ocorre somente entre os partidos e coligações. Logo, a cadeira conquistada pertencerá ao partido e não ao candidato, independentemente de sua votação.

Isso foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do mandado de segurança já referido, assim como foi a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta de nº 1.397, decidida e publicada em 2007. Dessa resposta, extraem-se trechos do voto do Ministro Cezar Peluso, onde ele pontua (BRASIL, 2007):

E, neste passo, estou convencido de que, por força de imposição sistêmica do mecanismo constitucional da representação proporcional, as vagas obtidas por intermédio do quociente partidário pertencem ao partido. [...] dessa caracterização de proporcionalidade brota, como princípio, a pertinência das vagas obtidas segundo a lógica do sistema, mediante uso de quocientes eleitoral e partidário, ao partido ou coligação, e não, à pessoa que sob sua bandeira tenha concorrido e sido eleita.

Ora, se a cadeira é conquistada pela espécie de sistema proporcional adotada, não há como uma norma regulamentar de subespécie retirar esse direito adquirido pela espécie.

Cabe lembrar que a subespécie escolhida pelo nosso ordenamento é a lista aberta, onde o eleitor escolhe o melhor candidato para representar o partido. A subespécie serve somente para indicar quem representa o partido, não para limitar o acesso e retirar vagas conquistadas.

Ademais, aplica-se nessa ideia organizacional do sistema proporcional (gênero, espécie e subespécie) a supracitada lição de Bobbio (1999, p. 53-54), em que há uma hierarquia em que as normas inferiores (subespécie) devem respeitar as normas superiores em questões formais e materiais, uma vez que somente têm validade por causa dessas normas.

Além disso, devido ao fato de o sistema eleitoral proporcional de listas ser positivado e dele decorrer a disputa entre partidos, por força imperativa da lei aos eleitores, há a presunção de que o povo vota em partido, não nas pessoas dos candidatos, visto que, no referido sistema, estes não disputam cadeiras, apenas a representação do partido com seus colegas de associação.

De mais a mais, tal norma pode levar ao absurdo de um partido conseguir conquistar n vagas e não eleger ninguém, bem como, de fato, desconsiderar votos válidos e prejudicar os partidos que tenham alcançado quociente eleitoral e partidário, mas não conseguir a exigência da quantidade mínima de votos nominal. Vejamos.

Supondo que, em determinada circunscrição eleitoral, foram apurados 100 mil votos válidos e se disputavam 10 lugares para a Câmara dos Deputados. Logo, o quociente eleitoral é de 10 mil votos. E a votação ocorreu da seguinte maneira:

PARTIDOS	VOTOS VÁLIDOS	QUOCIENTE PARTIDÁRIO	CADEIRAS OBTIDAS
COLIGAÇÃO ABCD	27.700	2,77	2
COLIGAÇÃO FGHI	31.600	3,16	3
PARTIDO X	13.200	1,32	1
PARTIDO Y	9.500	0,95	0
PARTIDO Z	18.000	1,8	1

Imagina-se agora que, dos 31.600 votos atribuídos à Coligação FGHI, somente 600 foram votos nominais, ou seja, 31 mil votos foram dados à legenda e não indicaram nenhum candidato, o que é permitido no nosso ordenamento jurídico, conforme art. 176 do Código Eleitoral.

Essa coligação teria votos suficientes para eleger 3 representantes, mas seria frustrada, pois nenhum de seus candidatos conseguiria obter a exigência mínima de mil votos nominais, o equivalente aos 10% do quociente eleitoral (10 mil votos).

Dessa maneira, por mais improvável que seja ocorrer na prática – mas não impossível –, demonstra-se que tal norma fere os princípios constitucionais da soberania do voto, da democracia, do Estado democrático de direito, da legitimidade do pleito e fere vários direitos partidários, assim como o próprio sistema eleitoral proporcional, também previsto na Carta Magna.

5.2 Da distribuição dos lugares não preenchidos

A nova regra estipulada para a distribuição das cadeiras vagas, de certa forma, divide-se em duas etapas: a primeira privilegia somente os partidos que possuem candidatos que tenham obtido a quantidade mínima de votos nominais; a segunda se dá quando

acaba o privilégio e participam todos os partidos que atingiram o quociente eleitoral.

Ora, somente o fato dessa distribuição de vagas ser vinculada à quantidade mínima de votos nominais já a torna também incompatível com o ordenamento jurídico.

Para demonstrar como essa norma poderá favorecer determinado partido em detrimento de outros, utiliza-se o exemplo anterior, em que sobram seis vagas, visto que nenhum candidato da Coligação FGHI conquistou a votação nominal mínima – de modo que a coligação não pode participar da primeira etapa da distribuição, já que é *conditio sine qua non* aquela exigência.

Imaginando também que somente um candidato do partido X conseguiu a votação nominal mínima, o que igualmente se aplica ao partido Z, situação em que ambos já estariam eleitos pelo fato de o partido só ter conquistado uma cadeira, esses partidos também não poderiam participar dessa primeira etapa da distribuição.

Dessa maneira, pelo partido Y não ter atingido o quociente eleitoral, somente poderá participar da primeira etapa a Coligação ABCD, que, por sorte, teve oito de seus candidatos a ultrapassar a quantidade mínima de votos exigida.

Com isso, a Coligação ABCD elegerá seis candidatos na etapa de distribuição privilegiada, somando, no total, oito cadeiras de deputados federais nessa hipotética eleição.

Ou seja: nesse novo modelo podem ocorrer distorções: um partido/coligação obtém votos suficientes para duas vagas e, dependendo da sorte, leva oito, ao passo que um partido/coligação consegue votos necessários para três cadeiras e, dependendo do azar, não elege nenhum candidato.

Fica demonstrado à evidência que, teoricamente, essa nova fórmula pode gerar enormes distorções e ferir direitos constitucionais e do próprio sistema proporcional.

6 Conclusão

Com efeito, é imprescindível lembrar que a Constituição brasileira prevê um Estado democrático de direito e que é a norma fundamental de todo o ordenamento jurídico, não podendo o Estado se distanciar dos preceitos que são impostos por ela. Qualquer violação à Carta Maior é inadmissível em um Estado democrático de direito, independentemente do fim que se queira alcançar.

Possível perceber, ao longo do presente estudo, que as novas regras dos arts. 108 e 109 do Código Eleitoral violam inúmeras normas constitucionais.

Devido ao fato de a Constituição prever o sistema eleitoral proporcional para as eleições no âmbito do Poder Legislativo, exceto ao Senado Federal – e pela votação ser nos partidos segundo a lógica deste sistema –, a norma do art. 108 acaba ofendendo a Carta Magna e o próprio sistema ao retirar as vagas conquistadas pelas agremiações se um dos seus candidatos não conseguir 10% do quociente eleitoral.

Além dessas violações, o citado artigo igualmente infringe os princípios da democracia, da soberania popular, da cidadania, do pluralismo político, da igualdade do voto, da representatividade indireta e da legitimidade das eleições, bem como fere o direito dos partidos de terem acesso ao Fundo Partidário, ao direito de antena e ao de representatividade quando disputarem vaga para a Câmara dos Deputados.

O art. 109, ao adotar a votação nominal mínima como regra para favorecimento das distribuições das cadeiras que sobraram, também viola os princípios mencionados e contrariam os princípios da igualdade entre os partidos políticos que alcançam o mínimo de representatividade política e o sistema eleitoral proporcional.

Portanto, chega-se à conclusão de que as referidas mudanças no Código Eleitoral devem ser expurgadas do ordenamento jurídico por serem incompatíveis com as normas constitucionais e com todos

os princípios que a fundamentam. Se o Legislativo entende que é necessária uma reforma político-eleitoral para o futuro do país, que o faça de forma coerente com o ordenamento jurídico e, se preciso for, que se mudem as normas fundamentais para conformidade de suas ideias.

Referências

ARAS, Augusto. *Fidelidade e ditadura (intra) partidária*. Bauru, SP: Edipro, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 5 maio 2016.

_____. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. *Código eleitoral*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm> Acesso em: 5 maio 2016.

_____. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. *Lei dos partidos políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm> Acesso em: 5 maio 2016.

_____. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. *Altera as leis [...] e incentivar a participação feminina*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm> Acesso em: 5 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.602/DF*. Relator: GRAU, Eros. Julgado em 04-10-2007, publicado no DJe de 17-10-2008, ementário nº 2337-2. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539> Acesso em: 5 maio 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 1.398*. Relator: ROCHA, Cesar Asfor. Julgado em 27-03-2007. Resolução nº 22.526. Disponível em: <inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=1398&processoClasse=CTA&decisaoData=20070327&decisaoNumero=22526&protocolo=29782007&noCache=0.7206847153138369> Acesso em: 5 maio 2016.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de direito eleitoral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade teoria e prática*. 4. ed. rev. atual. ampl. Bahia: Jus Podivm, 2010.

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

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitutucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2007.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 14. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.