



ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 8 · Número 1
jan./abr. 2013



Tribunal
Superior
Eleitoral

A Escola Judiciária
Eleitoral do Tribunal
Superior Eleitoral
apresenta o primeiro
número da revista
Estudos Eleitorais de 2013.

Confira o conteúdo deste
fascículo composto de
quatro artigos:

- Processo constitucio-
nal e democracia: ensaio
sobre a construção
participada da decisão
eleitoral no Estado
democrático de direito –
Letícia Lacerda de
Castro.
- Os votos brancos e
nulos no Estado
democrático de direito:
a legitimidade das
eleições majoritárias no
Brasil – Renata Livia
Arruda de Bessa Dias.
- Regime político
brasileiro – Rodrigo
Moreira da Silva.
- Postulados teóricos
para a diferenciação
entre abuso de poder
econômico e captação
ilícita de sufrágio –
Walber de Moura Agra.

ESTUDOS ELEITORAIS



Volume 8, Número 1
jan./abr. 2013

© 2013 Tribunal Superior Eleitoral

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa dos autores.

Secretaria de Gestão da Informação
Setor de Administração Federal Sul (SAFS), Quadra 7, Lotes 1/2, 1º andar
70070-600 – Brasília/DF
Telefone: (61) 3030-9225

Coordenação: Ministra Rosa Weber – Diretora da EJE

Capa e projeto gráfico: Virgínia Soares

Editoração: Seção de Editoração e Programação Visual (Seprov/Cedip/SGL)

Revisão editorial: Seção de Preparação e Revisão de Originais (Seprov/Cedip/SGL)

Revisão: Anna Cristina de Araújo Rodrigues

Normalização técnica: Geraldo Campetti Sobrinho e Anna Cristina de Araújo Rodrigues

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Superior Eleitoral.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Tribunal Superior Eleitoral – Biblioteca Alysson Darowish Mitraud)

Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. - Vol. 1, n. 1
(1997) - . - Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 1997- .
v. ; 24 cm.

Quadrimestral.

Suspensa de maio de 1998 a dez. 2005, e de set. 2006 a
dez. 2007.

ISSN 1414-5146

I. Tribunal Superior Eleitoral.

CDD 341.2805

Tribunal Superior Eleitoral

Presidente

Ministra Cármen Lúcia

Vice-Presidente

Ministro Marco Aurélio

Ministros

Ministro Dias Toffoli

Ministra Nancy Andrighi

Ministra Laurita Vaz

Ministro Henrique Neves

Ministra Luciana Lóssio

Procurador-Geral Eleitoral

Roberto Monteiro Gurgel Santos

Coordenação da Revista Estudos Eleitorais

Ministra Rosa Weber

Conselho Científico

Ministro Ricardo Lewandowski

Ministra Nancy Andrigli

Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior

Ministro Hamilton Carvalhido

Ministro Marcelo Ribeiro

Álvaro Ricardo de Souza Cruz

André Ramos Tavares

Antonio Carlos Marcato

Clèmerson Merlin Clève

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

José Jairo Gomes

Luís Virgílio Afonso da Silva

Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos

Marco Antônio Marques da Silva

Paulo Bonavides

Paulo Gustavo Gonet Branco

Paulo Hamilton Siqueira Junior

Walber de Moura Agra

Walter de Almeida Guilherme

Composição da EJE

Diretora

Ministra Rosa Weber

Assessora-chefe

Damiana Torres

Servidores

Ana Karina de Souza Castro

Quéren Marques de Freitas da Silva

Renata Livia Arruda de Bessa Dias

Rodrigo Moreira da Silva

Roselha Gondim dos Santos Pardo

Colaboradores

Anna Cristina de Araújo Rodrigues

Keylla Cristina de Oliveira Ferreira

Lana da Glória Coêlho Stens

SUMÁRIO

Apresentação	7
--------------------	---

Processo constitucional e democracia: ensaio sobre a construção participada da decisão eleitoral no Estado democrático de direito LETÍCIA LACERDA DE CASTRO	9
---	---

Os votos brancos e nulos no Estado democrático de direito: a legitimidade das eleições majoritárias no Brasil RENATA LIVIA ARRUDA DE BESSA DIAS.....	27
--	----

Regime político brasileiro RODRIGO MOREIRA DA SILVA.....	53
---	----

Postulados teóricos para a diferenciação entre abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio WALBER DE MOURA AGRA.....	79
--	----

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE) apresenta ao prezado leitor o primeiro número da revista *Estudos Eleitorais* de 2013, composto de quatro artigos.

No primeiro artigo, intitulado *Processo constitucional e democracia: ensaio sobre a construção participada da decisão eleitoral no Estado democrático de direito*, Letícia Lacerda de Castro destaca que a noção de processo deve ser revisitada, de forma a conformar-se com as teorias pós-modernas, especialmente do processo constitucional. Segundo a autora, o processo no Estado democrático de direito é garantia constitutiva de direitos fundamentais, encontrando-se superada a noção de processo como relação jurídica entre as partes.

O segundo artigo, de Renata Livia Arruda de Bessa Dias, intitulado *Os votos brancos e nulos no Estado democrático de direito: a legitimidade das eleições majoritárias no Brasil*, versa sobre o aproveitamento dos votos brancos e nulos nas eleições majoritárias do Poder Executivo no Brasil. A questão central do estudo consistiu em analisar a legitimidade das eleições majoritárias para o cargo do Poder Executivo nos municípios com mais de 200 mil eleitores – a partir do art. 224 do Código Eleitoral, do art. 77, § 2º, da Constituição Federal de 1988 e da jurisprudência consolidada no Tribunal Superior Eleitoral –, considerando que o atual sistema eleitoral brasileiro não permite que os votos brancos e nulos sejam computados para efeito de invalidação das eleições.

No terceiro artigo, *Regime político brasileiro*, o autor, Rodrigo Moreira da Silva, conceitua regime político e destaca a importância de se conhecer o fundamento da autoridade dos governantes, o motivo pelo qual obedecemos, a forma de escolher esses governantes, a

estrutura do Estado sobre a qual eles exercem sua função política e as limitações que lhes são postas ao exercê-la. Tudo isso para concluir que, sendo o Brasil um Estado democrático de direito, é fundamental que todo cidadão saiba como acontecem as relações entre governantes e governados, entre governantes e Estado e entre Estado e seus próprios entes federativos.

O último artigo, de Walber de Moura Agra, intitulado *Postulados teóricos para a diferenciação entre abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio*, trata das diferenças e semelhanças que marcam os conceitos de poder econômico e captação ilícita de sufrágio. A busca das diferenciações entre tais conceitos é importante na medida em que apresentam peculiaridades que acarretam graves consequências jurídicas.

A Escola Judiciária Eleitoral, com mais um número da revista *Estudos Eleitorais*, reafirma seu empenho na valorização dos estudos eleitorais, sobretudo no que tange à abordagem histórica, teórica e prática de temas como cidadania e democracia, e incentiva novas colaborações nessa relevante área do saber humano.

PROCESSO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: ENSAIO SOBRE A CONSTRUÇÃO PARTICIPADA DA DECISÃO ELEITORAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

LETÍCIA LACERDA DE CASTRO

Advogada, mestranda em Direito Processual pela PUC/MG.

Resumo

A noção de processo impõe-se seja revisitada, de forma a conformar-se com as teorias pós-modernas, especialmente do processo constitucional. Pretende o presente ensaio demonstrar que o processo no Estado democrático de direito é garantia constitutiva de direitos fundamentais, encontrando-se superada a noção de processo como relação jurídica entre as partes. O processo assim compreendido importa na construção da decisão judicial pelas partes afetadas pelo provimento, mediante a instauração de um discurso legítimo, evidenciando a superação da construção dessa decisão pelo juiz solipsista.

Palavras-chave: Estado democrático de direito. Processo. Decisão.

¹ Artigo recebido em 28 de janeiro de 2013 e aceito para publicação em 14 de fevereiro de 2013.

Abstract

The notion of process requires it to be revisited in order to comply with the postmodern theories, especially the constitutional process. This essay seeks to demonstrate that the process in a democratic state is a constitutive guarantee of fundamental rights, showing that the notion of process as legal relationship between the parties is resolved. The process thus understood matters in the construction of the judgment by the parties affected by the provision, through the establishment of a legitimate discourse, showing the construction of overcoming this decision by the solipsistic Judge.

Keywords: Democratic rule of law. Process. Warranty. Fundamental rights.

1 Introdução

A noção conferida ao processo como sendo uma relação jurídica processual instaurada entre as partes e o juiz, visando à resolução da lide eleitoral (GOMES, 2011, p. 446), impõe-se seja superada por teorias pós-modernas, especialmente pela teoria do processo constitucional.

O processo eleitoral preso na lógica da instrumentalidade transforma o juiz em portador da almejada justiça social, sendo o processo interpretado como mero instrumento à disposição do Estado-juiz para efetivação da paz social (DINAMARCO, 1998, p. 159-167).

Nessa perspectiva, é o juiz legitimado a proferir, de forma solipsista, a decisão, amparado em seu livre convencimento motivado. Aí reside o problema. É verdade que às partes é atribuída uma gama de direitos constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa. Também é sabido que o processo instaurado o é sob a denominação de devido processo legal ou constitucional. Todavia, ainda na contemporaneidade, as partes são meras coadjuvantes na construção da decisão. Com efeito, seus direitos e garantias constitucionais efetivados no âmbito do processo jurisdicional restringem-se, muitas vezes, ao dizer e contradizer, visando apenas ao convencimento do juiz sobre sua versão dos fatos. Mas ele, juiz, é quem de forma autoritária e soberana elege a melhor versão dos fatos, sendo que

sua escolha prescinde de qualquer vinculação com a hipótese sustentada por quaisquer das partes. Aliás, pode amparar-se unicamente em fundamentação extraída de sua convicção pessoal, conforme previsão taxativa do parágrafo único do art. 7º da LC nº 64/1990².

O presente ensaio pretende demonstrar que o processo deve ser compreendido como uma garantia constitutiva dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Ora, processo e Constituição não são noções estanques e incomunicáveis entre si. Ao revés, é a própria Constituição Federal que orienta o processo, sendo que dessa indissociável relação o resultado de toda função estatal, seja administrativa, legislativa ou jurisdicional, no âmbito do Estado democrático de direito, há de se conformar com a instituição de um processo constitucional.

Ver-se-á, portanto, que é justamente a instituição desse processo constitucional que orienta a construção participada da decisão eleitoral, pelas partes afetadas pelo provimento judicial (FAZZALARI, 2006, p. 865), sendo as partes, nessa concepção de processo, verdadeiras autoras e destinatárias do provimento.

Nesse sentido, demonstrar-se-á que esse processo constitucional compatibiliza-se com a noção de Estado de direito e democracia. Assim, o referido parágrafo único do art. 7º da LC nº 64/1990 deve ser revisitado e reconstruído à luz da teoria do processo constitucional.

2 Estado de direito e democracia

A noção de Estado de direito somente pode ser apreendida a par de uma proposição basilar, que é o império do Direito, entendido como

² Art. 7º Encerrado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao juiz, ou ao relator, no dia imediato, para sentença ou julgamento pelo Tribunal.

Parágrafo único. O juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

um ordenamento de normas jurídicas (princípios e regras jurídicas)³, estabelecido democraticamente pelo Estado. Assim, “direito” e “poder” encontram-se relacionados, não se concebendo um Estado de direito desatrelado da democracia, significando, destarte, que “o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos” (CANOTILHO, 2010, p. 98).

A rigor, é o Estado de direito um Estado constitucional, especialmente por sua estrutura de poder ter fundamento de validade sustentado em uma Constituição democrática.

Nessa linha de raciocínio, importante ressaltar a advertência feita por Del Negri (2008, p. 77) acerca da falaciosa crença de que o eixo da democracia encontra-se no voto e que a aquisição da democracia se dá mediante a retirada do título do eleitor. Para o autor, o voto deve ser visto como uma parcela mínima da democracia, vez que o povo não se incluiu no sistema somente pelos direitos políticos, mas também pelo cumprimento de outros direitos fundamentais, “que passam pelo exercício do devido processo constitucional (reivindicação e fiscalização)”. Assim:

É oportuno dizer que a democracia é um sistema exercitado pelos cidadãos (destinatários do Direito), os quais não podem ser infantilizados por um Estado maternal (doação de direito/assistencialismo), como se fossem apenas consumidores, e não gestores-fiscalizadores do Direito. De todo modo, quando se diz que a sociedade não está praticando democracia, o que está havendo é uma confissão de omissão dos operacionalizadores do sistema (cidadãos e instituições), na execução da Constituição (projeto democrático). Tudo isso pode ser resumido pela ótica de que a cidadania além de ser fundamento da democracia é o comprometimento com os fundamentos de autoexistência e essa inclusão deve ser solicitada pelo processo (direito garantia de reivindicar e fiscalizar os direitos já assegurados na Constituição). (DEL NEGRI, 2008, p. 78.)

Com efeito, um dos pilares da democracia é a efetivação dos direitos e garantias fundamentais assegurados ao povo e aos seus

³ Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “os princípios são havidos como proposições fundamentais do Direito, via de consequência, considerados normas jurídicas e, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico.” (BRÊTAS, 2010, p. 105.)

representantes políticos. Nessa concepção, os sujeitos são necessariamente titulares desses direitos e garantias, sendo certo afirmar que apenas com a instituição de um processo, a rigor, constitucional, que se possibilitará a sua fruição efetiva.

2.1 O processo constitucional

2.1.1 Teoria geral do processo constitucional

A teoria do processo constitucional ou modelo constitucional do processo assenta-se, necessariamente, na supremacia das normas constitucionais que estabelecem as garantias processuais, bem como na premissa de que é o processo uma garantia constitucional, e não um mero instrumento de resolução de conflitos.

Baracho (2008, p. 13) destaca as deduções de Fix-Zamudio, para se chegar à concepção do processo constitucional, como instrumento ou meio de tutela dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, sistematizando os instrumentos do direito constitucional em três categorias: a) direito dos jurisdicionados a uma jurisdição preestabelecida legalmente (juiz natural); b) direito de defesa; e c) formalidades essenciais do procedimento.

Importante reportar-se ao modelo constitucional do processo proposto por Andolina e Vignera (1997), concebido por uma base de princípios processuais que sustenta a noção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, próprias do marco do Estado democrático de direito. A difusão da proposta tem fundamento em três características básicas: a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade:

[...] a) Nella espansività, consistente nella sua idoneità (conseguente Allá posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchi delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinário, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello; b) nella variabilità, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa

che l'adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista Del perseguimento di particolari scopi; c) nella perfectibilità, designante la sua idoneità ad essere perfezionato della legislazione sub-costituzionale, la quale (*scilicet*: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) bem può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti AL modello costituzionale⁴. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 90.)

Em outras palavras, vê-se que a base do modelo constitucional do processo é uníssona e tem seu fundamento de validade nos princípios constitucionais do processo, portanto, esculpidos na própria Constituição.

Nessa linha de pensamento, registrem-se as características desse modelo constitucional do processo, que o permitem expandir, de forma a condicionar o restante da legislação infraconstitucional, variar, em função da capacidade de se adaptar para os diversos tipos de procedimentos (processo penal, civil, eleitoral, administrativo, legislativo e arbitral) e perfectibilizar, aperfeiçoando e definindo novos institutos, mas sempre de acordo com o intitulado esquema geral do processo.

Depreende-se, destarte, a relação necessária entre processo e Constituição, conferindo-se concretude à tutela que é feita, por meio do processo constitucionalizado, dos direitos consagrados no texto da Constituição. Assim, “o processo constitucional é metodologia dos direitos fundamentais”, fórmula lapidar de Baracho, conforme ressaltado por Brêtas (2010, p. 73) em algumas passagens de sua obra.

⁴ a) Na expansividade, consistente em sua idoneidade (relativa à posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar o aspecto dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, o qual (aspecto) deve ser compatível com as conotações daquele modelo; b) na variabilidade, que indica a possibilidade de assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (da obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam ocorrer segundo várias modalidades em vista da realização de fins particulares; c) na perfectibilidade, que designa a sua idoneidade para ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (*scilicet*: no respeito ao modelo e em função do alcance de objetivos particulares) pode construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas (ulteriores) garantias e pela instituição de institutos ignorados pelo modelo constitucional.

2.1.2 Processo constitucional: distanciamento da teoria do processo como relação jurídica e aproximação, com ressalva, da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório

A teoria do processo constitucional, a rigor, é um marco na história do Direito Processual, na medida em que, em um século e meio de história, ao menos oito teorias podem ser elencadas⁵, sendo que, das oito teorias, a análise de duas afigura-se indispensável à compreensão e à própria reafirmação da teoria constitucionalista do processo. A primeira é a teoria da relação jurídica, proposta por Bülow, em 1868, e aprimorada por Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti e Liebman; e a segunda é a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, proposta por Elio Fazzalari e propagada ao Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves⁶.

A teoria do processo como relação jurídica define o processo como uma relação jurídica autônoma, singular e unitária, embora complexa, vinculando partes e juiz, definindo-lhes sujeições, poderes, direitos e obrigações. Por tanto, parte da noção de vínculo pessoal, sujeição e subordinação entre os sujeitos.

Além disso, a teoria da relação jurídica fora delineada principalmente na figura do juiz, porque as partes se apresentam como meros

⁵ Brêtas faz referência em sua obra às seguintes teorias do Direito Processual, em relação ao processo: 1ª) teoria do processo como contrato (Porthier); 2ª) teoria do processo como quase-contrato (Savigny e Guényvau); 3ª) teoria do processo como relação jurídica (criada por Bülow, na Alemanha, em 1868, e aprimorada pelos italianos Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti e Liebman); 4ª) teoria do processo como situação jurídica (Goldschmidt); 5ª) teoria do processo como instituição (Guasp); 6ª) teoria do processo como procedimento em contraditório (concebida por Fazzalari e divulgada, no Brasil, por Aroldo Plínio Gonçalves); 7ª) teoria constitucionalista do processo (cogitada, inicialmente, por Hector Fix-Zamudio, no México, sistematizada por Baracho, no Brasil, e retomada por Andolina e Vignera, na Itália); 8ª) teoria neoinstitucionalista do processo (proposta em tempo mais recente por Rosemiro Pereira Leal). (*Processo constitucional e Estado democrático de direito*, p. 84).

⁶ Como se verá adiante, a teoria do processo como relação jurídica divorcia-se da teoria do processo constitucional, motivo pelo qual é evidenciada no presente ensaio. Já em relação à teoria do processo como um procedimento em contraditório, a teoria do processo constitucional aproxima-se, ao conferir-lhe (a teoria do processo como procedimento em contraditório) a constitucionalidade que originalmente fora ocupada por um embasamento puramente técnico.

colaboradores, tendo sua viga mestra, portanto, no protagonismo judicial. Nesse sentido, “o juiz para Bülow é um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, o protagonista do processo que criaria o direito mesmo contra legem” (NUNES, 2010, p. 102).

Percebe-se que a teoria da relação jurídica tem suas raízes fincadas em uma premissa central, que é o ativismo judicial, já que o juiz, titular de uma posição jurídica superior em relação às partes, em decorrência de sua sensibilidade nata, é o legitimado a aplicar o direito, provendo a sociedade da paz social (escopos metajurídicos).

A doutrina dominante no Brasil ainda se sustenta na concepção do processo como relação jurídica, especialmente pela conhecida obra *Instrumentalidade do processo*, de Cândido Rangel Dinamarco, publicada, em sua primeira edição, no ano de 1987. Nessa obra, o autor confere à teoria do processo a centralidade da jurisdição, a defesa de uma instrumentalidade positiva, com um processo perseguidor da realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos), mediante a intervenção do juiz, conforme excerto de sua obra:

[...] incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça. (DINAMARCO, 2001, p. 65.)

A dissonância da concepção do processo como relação jurídica com a concepção do processo constitucionalizado é evidente: naquela, o juiz ocupa claramente o espaço conferido à Constituição no desenvolvimento do processo democrático, aliciado na falaciosa premissa de que ao juiz se conferem superpoderes, por se tratar de sujeito apto a praticar a justiça social. Vê-se que, na concepção relacionista, não se faz referência ao processo como garantidor dos direitos fundamentais, mas como mero instrumento provedor da justiça e da paz social. Nesse sentido, concludente é a crítica de Rosemiro Pereira Leal:

A aceitar irrefletidamente o ensino de Bülow a Liebman e deste aos instrumentalistas de hoje, alojando-se aqui os

positivistas e os neopositivistas, adeptos fatalistas da necessária garantia, interpretação e aplicação do direito em critérios *lato* e *stricto sensu* entregues à justiça civil de portadores natos de saberes oriundos de uma eticidade irretocável e experiência de vida pacífica e respeitosa (consciência moral cristalizada em ideologias apodícticas), não nos é possível excluir os escopos metajurídicos processuais da esfera de uma judicância mítico-clarividente, nem pensar uma aproximação entre Constituição-processo a serviço do direito irrestrito à vida jurídica dos povos que sofreram os horrores da colonização escravagista que, de modo ainda não sofisticado, perdura por ensino de bases alienígenas – e claro que aqui não se compactua com uma xenofobia emocional – e que se recusa ao exame de validade de suas pretensões científicas ou nem sequer se mostra inclinado a leituras de autores que não reforcem a “globalização” ou comunitarização do conhecimento aos moldes pereneamente “civilizadores”. (LEAL, 2009, p. 289.)

Nessa mesma esteira, André Del Negri (2008, p. 94) indaga “até quando os adeptos da Escola da Relação Jurídica (Escola da Instrumentalidade) continuarão nesse profundo sono dogmático”. Salienta, ainda, o abismo existente entre a noção de processo como relação jurídica e a noção de processo proposta por Fazzalari, considerando-as excluídas e contraditórias, dada a função confinada à autonomia do juiz, transformando-se em mero instrumento de jurisdição.

Nessa linha de raciocínio, inicia-se o registro da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, proposta por Elio Fazzalari, na Itália, e divulgada por Aroldo Plínio Gonçalves, no Brasil.

Com efeito, para Fazzalari (2006), é o processo um procedimento em contraditório, sendo este uma sequência de normas, atos e posições subjetivas que se encadearão até a realização do ato final, sendo a norma precedente pressuposto para a realização da norma consequente. Assim, a compreensão do processo é inferida em uma perspectiva lógica de inclusão, sendo o processo uma espécie do gênero procedimento, todavia, desenvolvido em contraditório. Nesse sentido:

[...] o processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento, é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus

interesses em relação ao ato final são opostos. (GONÇALVES, 1992, p. 68.)

Pela sua teoria, Fazzalari repele a existência de submissão dos sujeitos processuais, ao defender uma relação de interdependência, em uma verdadeira visão constitucional democrática do processo (NUNES, 2010, p. 204). Nessa concepção, os destinatários da norma devem participar da construção do provimento, tanto jurisdicional quanto não jurisdicional, contraditoriamente, em paridade de armas (FAZZALARI, 2006, p. 865). O contraditório, nesse sentido, constitui:

[...] fenômeno da participação dos interessados no *iter* de formação dos provimentos (entendendo-se como tais, aqueles em cuja esfera o ato é destinado a incidir) – mais precisamente, o fenômeno da participação dos interessados na fase de reconhecimento dos pressupostos do provimento. (FAZZALARI, 2006, p. 861-862.)

Verifica-se, ainda, em Fazzalari, que o esquema de processo elaborado, de paritária e dialética participação de todos os interessados, permite a articulação do jogo democrático, na medida em que “todas as decisões devem provir dele, e não de algum escolhido com habilidades hercúleas” (NUNES, 2010, p. 40). Destarte, a participação dos sujeitos envolvidos na formação do provimento judicial ou administrativo afigura-se em elemento legitimante do processo, visto afirmar a própria democracia.

Com efeito, o grande salto da teoria de Fazzalari consiste na compreensão do contraditório, não mais como um mero garantidor da simétrica paridade de armas entre os sujeitos interessados, mas como verdadeira garantia de influência no resultado do processo.

Assim, a construção do provimento é participada entre as partes envolvidas, de forma a se concretizar no plano processual um discurso dialético entre os sujeitos, obstruindo a construção de provimentos fundados em argumentos que não foram previamente debatidos entre as partes.

Nesse sentido, “o princípio permite que o cidadão assuma a função de autor-destinatário dos provimentos (jurisdicionais, legislativos e administrativos), cujos efeitos sofrerá.” (NUNES, 2010, p. 207.)

Identifica-se um considerável acerto entre a teoria de Fazzalari e a teoria do processo constitucional, com os reparos propostos por Brêtas (2010, p. 91), em consonância com a advertência de Rosemiro Pereira Leal, a qual, na teoria fazzalariana, embora o atributo diferenciador de processo e procedimento seja o contraditório – garantia constitucional, ressalte-se –, não parece haver uma reflexão constitucional maior de garantia fundamental das partes. Daí por que merecer a teoria de Fazzalari uma complementação pela teoria do processo constitucional:

[...] porque a inserção do princípio do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional do da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e de legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada. (BRÊTAS, 2010, p. 91.)

Tem-se, portanto, o contraditório interpretado à luz do Estado democrático de direito como um marco para a teoria do processo constitucional, o qual deve ser orientado como garantidor dos direitos constitutivos fundamentais.

2.2 O processo constitucional e a democracia na perspectiva da teoria procedimentalista do Estado democrático de direito de Jürgen Habermas

A teoria do processo amparada em uma estrutura constitucionalizada reafirma-se ainda pela perspectiva da teoria procedimentalista do Estado democrático de direito em Habermas (1994), que, por meio da introdução do discurso de legitimação democrática do Direito, exige a institucionalização de um processo político de cidadãos que se reconheçam mutuamente como titulares de direitos humanos fundamentais⁷.

⁷ André Cordeiro Leal afirma que “ao contrário de outras teorias, Habermas fornece, em face do paradigma do Estado democrático do direito, apoio técnico imprescindível ao adentramento e problematização de importantes aspectos do Direito Processual constitucionalizado. Isso porque a teoria procedimentalista da democracia proposta pelo autor passa por uma releitura de importantes aspectos de legitimidade do Direito não tangidas pelas demais abordagens.” (LEAL, 2002, p. 73).

Com efeito, segundo André Cordeiro Leal, na proposta de Habermas, a legitimidade do Direito estaria fixada em discursos racionais:

[...] toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. (LEAL, 2002, p. 141-142.)

Assim, com o discurso racional proposto, possibilita-se a produção de um Direito democrático, permitindo-se que todos os afetados pelas normas jurídicas possam ser considerados seus coautores.

Nessa linha de raciocínio, faz-se necessário traçar um paralelo entre a teoria do processo constitucional e a teoria procedimentalista de Habermas, em que se vislumbra um espaço público comunicativo entre os envolvidos, de forma a possibilitar a formação de provimentos legítimos. Nesse sentido:

Garante-se, desse modo, a cada afetado a exposição de razões relevantes para determinação do tema a ser debatido e julgado endoprocessualmente (HABERMAS, 1994, p. 270), dentro de uma linha temporal, de uma fixação adequada do objeto de discussão e de uma distribuição dos papéis a serem desenvolvidos (HABERMAS, 1994, p. 288-289), em um espaço público processual moldado pelos princípios do modelo constitucional de processo.

O processo, em perspectiva participativa, embasado nos princípios processuais constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui condição de possibilidade para que todos os sujeitos processuais (em seus respectivos papéis) discutam argumentos normativos para formação da decisão mais adequada ao caso em análise. (NUNES, 2010, p. 212.)

O processo constitucionalizado inclui o discurso racional na legitimação do direito, em uma perspectiva democrática do processo. Tal discurso racional proposto por Habermas deve ser efetivado, no âmbito do processo, por meio da garantia do devido processo legal, com as demais garantias do processo, cujas matrizes fincam-se no contraditório, na ampla defesa e na motivação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal (BRÊTAS, 2010, p. 93).

Com efeito, ao se perceber que a figura do juiz solipsista não se aproxima do processo constitucional, “faz-se mister a utilização do espaço discursivo instaurado pelo processo como espaço público de problematização de todas as questões para a adequada formação de todos os provimentos” (NUNES, 2010, p. 49), possibilitando-se aos sujeitos envolvidos no processo a formação compartilhada das decisões.

Isso porque a versão dos fatos (re)construídos não pode olvidar a participação dos afetados pelo provimento, mediante a implantação de um discurso racional e, por derradeiro, de um discurso legítimo.

A partir do pressuposto fático de que as sociedades totalitárias são avessas ao debate, seguido da advertência da importância do conhecimento que visa à emancipação dos indivíduos, contextualizado na pluralidade de vozes e de visões de mundo, André Del Negri (2011, p. 41) reafirma a teoria da democracia, das soluções legítimas, das sociedades abertas, de decisões compartilhadas, concluindo que “é dessa forma que o princípio do discurso se transforma em democracia”, ponderando a seguir:

Em meio a esse arrazoado de argumentos, aquilo que foi validado em parlamento deve ser legitimado pelo estudo crítico. É nessa possibilidade de levantamento do discurso de pretensão de verdade, veracidade e correção normativa, que poderemos trabalhar a legitimidade do Direito, a democratização dele.

Para tanto, a partir do momento que o projeto de construção de uma sociedade democrática passa por uma revisitação-fiscalização permanente, como forma de integração social (Habermas), o princípio do discurso necessariamente tem que ser assegurado pelo Direito, em especial, no nosso ensaio, pelo Direito Processual Constitucional (recinto que garante a isonomia argumentativa ampla e simultânea). (DEL NEGRI, 2010, p. 41.)

Ante o até aqui exposto, depreende-se a necessária ligação entre processo e Constituição como garantia dos direitos fundamentais do homem e da legitimação do Estado democrático de direito.

2.3 A participação dos interessados na formação do provimento e o princípio da fundamentação das decisões – pelo fim do protagonismo judicial e revisitação do parágrafo único do art. 7º da LC nº 64/1990

Conforme já explicitado, qualquer processo, jurisdicional ou não, somente se legitima por uma estrutura constitucionalizada, impondo-se seja compreendido como uma garantia dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Por conseguinte, em todo processo devem ser assegurados às partes o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição.

Na contemporaneidade, é tempo, especialmente no Direito brasileiro, de se apreender o verdadeiro sentido do contraditório, destarte, de se superar a noção de contraditório “como ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade das partes de os contrariar, vale dizer, um simples dizer pelo autor na petição inicial e um mero contradizer pelo réu na defesa” (BRÊTAS, 2010, p. 96).

A rigor, a concepção do contraditório deve ser ampliada de forma a ser compreendido como participação e influência na construção do provimento. Eis o liame entre o processo constitucional, especialmente o contraditório próprio de uma estrutura constitucionalizada, com a concepção procedimentalista de Habermas, para quem a noção de democracia funda-se na participação dos sujeitos, mediante a instauração de um discurso legítimo.

Com efeito, o provimento não deve ser visto como expressão de vontade do juiz e sua fundamentação espelhar-se no pré-entendimento que este detinha antes da abertura do discurso entre os sujeitos envolvidos, mas deve albergar-se “na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público” (NUNES, 2010, p. 238).

Daí a importância do princípio da fundamentação das decisões, que impõe aos órgãos jurisdicionais a motivação de seus pronunciamentos, com vistas ao afastamento do arbítrio judicial e à efetivação do direito à fiscalidade incessante dos atos estatais, precipuamente judiciais.

Com efeito, somente por uma hermenêutica constitucional, com aplicação das garantias previstas na Constituição, que se conduz à democratização do processo. Assim, além do princípio do devido processo legal, é garantia de que cada cidadão tenha uma decisão devidamente fundamentada, “porque cada ato de aplicação judicial é um ato de jurisdição constitucional” (STRECK, 2009, p. 18), encontrando-se, por derradeiro, tal garantia ligada à garantia do contraditório, que deve ser compreendida como a possibilidade de influência das partes à construção de qualquer pronunciamento decisório judicial.

Especificamente em relação ao processo eleitoral, tem-se que o parágrafo único do art. 7º da LC nº 64/1990, que expressamente prevê que o juiz “formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento”, merece ser revisitado e reconstruído a par das premissas que amparam o processo constitucional.

Ora, as balizas do processo constitucional afastam a formação solipsista da decisão judicial, eis que ao se admitir a formação livre do convencimento está-se a negar a efetivação plena do contraditório entre as partes. Nesse sentido, são as partes os protagonistas da formação do provimento, encontrando-se o juiz adstrito, na construção decisória, aos argumentos por elas trazidos. Assim, acaso o juiz entenda necessário fundar sua decisão em eventual argumento não alegado pelas partes, deve antes de assim proceder, em respeito ao contraditório constitucional, oportunizar aos afetados pela decisão a prévia manifestação sobre a matéria não alegada.

Não se legitima no Estado democrático de direito decisão surpresa, decisão não construída contraditoriamente, ou criada segundo os critérios subjetivos do juiz⁸, na condição de porta-voz do clamor por justiça

⁸ Na obra intitulada *O que é isto: decido conforme minha consciência?*, Lenio Streck (2010, p. 33) cita, exemplificadamente, doutrinadores brasileiros que utilizam “uma forte parcela do imaginário jurídico – de manifestação de filiação ao paradigma da subjetividade (esquema sujeito-objeto)”: “Para Maria Helena Diniz, “conhecer é trazer para o sujeito algo que se põe como objeto”, consistindo, assim, “em levar para a consciência do sujeito cognoscente algo que está fora dele [...] tornando-o presente à inteligência”. Essa filiação ao paradigma subjetivista já estava presente em processualistas como Moacir Amaral dos Santos, que dizia que “a sentença é ato de vontade”. Já Tourinho Filho vai dizer que o juiz, através da sentença, “declara o que sente”, deixando explicitada a sua adesão à tese da *adequatatio rei et intellectus*”. (STRECK, 2010, pp. 33-34.)

social. Como traçado em linhas atrás, a democracia não prescinde da instituição do debate entre as partes, que se efetiva pela instituição de um processo constitucional, efetivando-se a democracia.

3 Considerações finais

A funcionalização dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal condiciona-se à instituição de um processo constitucional. Apenas com e por ele (processo constitucional) é que se caminha progressivamente ao desenvolvimento de uma sociedade verdadeiramente democrática e fundada em uma ordem jurídica legítima.

É recorrente a alegação de que o conceito de Estado de direito não se encontra pronto e acabado, que se faz necessário um maior debate sobre sua noção, ante a complexidade que envolve a compreensão do Estado de direito e democracia. Com efeito, não se pretendeu traçar no presente ensaio uma fórmula definitiva acerca do que vem a ser Estado democrático de direito, mas uma premissa é certa: somente pela instituição do processo constitucional, seja legislativo, administrativo ou jurisdicional, é que é possível conceber o Estado democrático de direito.

Assim, a fruição dos direitos fundamentais, assegurados no texto da Constituição, somente é garantida por meio do processo constitucional, que se constitui em uma verdadeira garantia para estabelecimento e exigência de tais direitos pelo detentor do poder, o povo, bem como pelos seus representantes.

Todo direito fundamental prescrito na Constituição Federal ou em tratados internacionais urge ser assegurado ao povo. É preciso que a sociedade ao menos compreenda adequadamente o projeto constitucional de um Estado democrático de direito, destarte, que é seu direito participar, por meio da instituição de um discurso racional, das funções administrativas, legislativas e jurisdicionais, na medida em que assegurado o processo constitucional. Especificamente em relação ao processo jurisdicional eleitoral, a participação dos envolvidos, por meio de um discurso, em contraditório, conduz à instituição de um processo democrático constitucional. Justamente disso decorre que o parágrafo único do art. 7º da LC nº 64/1990 não se amolda à noção do próprio Estado democrático de direito.

Percebe-se, assim, que, da relação entre processo e Constituição, certifica-se da exatidão e compatibilidade da teoria do processo constitucional, no desenvolvimento não só de um processo democrático, mas sobretudo do Estado democrático de direito.

Referências

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamentali costituzionali dela giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Seconda ed. ampliada ed. aggiornata. Torino: Giappichelli, 1997, p. 90.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. Lei Complementar nº 64/1990. Altera a legislação tributária federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 8 dez. 1999. Disponível em: <http://www.in.gov.br/mp_leis/leis_texto.asp?ld=LEI%209887>. Acesso em: 22 dez. 1999.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Ed. Coimbra: Almedina, 2010.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no Direito Processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-27.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

OS VOTOS BRANCOS E NULOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A LEGITIMIDADE DAS ELEIÇÕES MAJORITÁRIAS NO BRASIL¹

RENATA LIVIA ARRUDA DE BESSA DIAS

Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Anhanguera (Uniderp) em convênio com o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Analista judiciário do TSE.

Resumo

Este artigo tem por objetivo tecer considerações a respeito do aproveitamento dos votos brancos e nulos nas eleições majoritárias do Poder Executivo no Brasil. A questão central do estudo consistiu em analisar a legitimidade das eleições majoritárias para o cargo do Poder Executivo nos municípios com mais de 200 mil eleitores – a partir do art. 224 do Código Eleitoral, do art. 77, § 2º, da Constituição Federal de 1988 e da jurisprudência consolidada no Tribunal Superior Eleitoral –, considerando que o atual sistema eleitoral brasileiro não permite que os votos brancos e nulos sejam computados para efeito de invalidação das eleições.

¹ Artigo recebido em 24 de janeiro de 2013 e aceito para publicação em 28 de janeiro de 2013.

Tais votos foram analisados como manifestação da vontade do eleitor no exercício da soberania popular.

Palavras-chave: Voto em branco. Voto nulo. Democracia. Soberania popular. Legitimidade.

Abstract

The present article objective is to consider the utilization of blank and nullified votes in Executive Branch elections by popular vote in Brazil. The main point of this study is to analyze the legitimacy of elections by popular vote for the head of the Executive Branch in cities with over 200,000 voters – from article 224 of the Electoral Code, article 77, § 2º, of the Brazilian Federal Constitution and the jurisprudence consolidated in the Superior Electoral Court – taking into account that the current Brazilian voting system does not allow blank and nullified votes (submitted by the voter at the polls) to be counted towards the invalidation of the election. Such votes were analyzed as an expression on the part of the voter in the exercise of popular sovereignty.

Keywords: Blank votes. Nullified votes. Democracy. Popular sovereignty. Legitimacy.

1 Introdução

A cada ano destinado às eleições no Brasil, a Justiça Eleitoral promove campanhas com o intuito de reforçar que o eleitor tem ao seu alcance, por meio do voto consciente – leia-se destinado a um dos candidatos apresentados ou legenda –, a oportunidade de decidir o futuro do país.

Nesse contexto, surgem manifestações favoráveis ao voto nulo, notadamente na qualidade de voto de protesto. Os defensores dessa proposta sustentam que votar nulo é direito do eleitor e que, por meio da anulação do voto – no momento do comparecimento às urnas –, seria possível alcançar a anulação de determinada eleição.

Todavia, muitas informações divulgadas, especialmente na Internet, são equivocadas e decorrem de má interpretação da legislação eleitoral (art. 224 do Código Eleitoral) e constitucional (art. 77, § 2º, da CF/1988).

Daí a importância deste estudo, que analisará o aproveitamento dos votos brancos e nulos nas eleições majoritárias do Poder Executivo nos municípios brasileiros com mais de 200 mil eleitores, por meio da abordagem de questões atuais e relevantes, sem a ambição de esgotar o tema, mas de discuti-lo com um olhar crítico.

Para melhor entendimento do assunto, os votos brancos e nulos serão agrupados na mesma categoria, a dos votos inválidos.

Ainda no âmbito das nomenclaturas utilizadas, o termo *voto nulo* fará referência àqueles proferidos por ocasião do comparecimento do eleitor às urnas no dia da votação, enquanto a expressão *votos anulados* ou *anuláveis*, aos posteriormente invalidados por decisão judicial que poderão ocasionar a anulação ou declaração de nulidade de determinada eleição.

No exame da legitimidade do pleito majoritário, não serão consideradas as abstenções eleitorais, sobretudo porque o estudo se desenvolverá nos âmbitos político e sociológico, discutindo preceitos básicos – democracia representativa e soberania popular – que se referem à efetiva participação do eleitor na escolha de seus representantes.

Este estudo pretende, com isso, suscitar reflexão a respeito da possível rediscussão do tema perante os poderes Legislativo e Judiciário, iniciativa que deverá partir de uma sociedade que caminha para a prática da consolidação da democracia que lhe foi conferida constitucionalmente.

2 O sistema majoritário no Brasil: características e hipóteses de anulação das eleições

No Brasil, as eleições realizam-se por meio de dois sistemas, a saber, o sistema majoritário, aplicado aos cargos do Poder Executivo (presidente,

governador e prefeito) e ao cargo de senador, e o sistema proporcional, adotado para os cargos do Poder Legislativo (deputado federal, deputado estadual, deputado distrital e vereador, exceto senador).

O sistema majoritário consiste em declarar eleito o candidato que tenha recebido a maioria dos votos válidos. Essa maioria pode ser absoluta, quando se elege – no primeiro turno para o cargo do Poder Executivo – o candidato que tenha alcançado o mínimo de 50% dos votos válidos mais um voto; e pode ser simples², hipótese em que se elege o candidato para os cargos de presidente, governador e prefeito que, no segundo turno, tenha obtido mais votos que o segundo colocado.

A fim de proclamar o candidato eleito no sistema majoritário, o art. 77, § 2º, da CF/1988 estabelece que a maioria absoluta de votos não será integrada por votos brancos e nulos. Confere-se:

Art. 77. A eleição do presidente e do vice-presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

§ 1º (*Omissis.*)

§ 2º *Será considerado eleito presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.*

§ 3º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

§ 4º (*Omissis.*)

§ 5º (*Omissis.*) (*Destacou-se.*)

A mesma regra se estende, evidentemente, aos governadores (art. 28 da CF/1988 e art. 2º da Lei nº 9.504/1997) e aos prefeitos³ (art. 29, II, da CF/1988 e art. 3º da Lei nº 9.504/1997), em razão de serem cargos majoritários.

² A maioria simples é regra observada para o cargo de prefeito nos municípios com menos de 200 mil eleitores e cargo de senador.

³ O segundo turno nas eleições municipais restringe-se aos municípios com mais de 200 mil eleitores, a teor do art. 29, II, da Constituição Federal.

Logo, nos termos da legislação vigente, será eleito o candidato que alcançar a maioria dos votos válidos, entre os quais não se incluem os votos brancos e nulos.

No campo da anulação das eleições, o art. 224 do Código Eleitoral (CE) – principal objeto das interpretações equivocadas sobre a invalidação das eleições – prevê a possibilidade de anulação das eleições na hipótese em que a nulidade alcançar mais da metade dos votos daquele pleito. Vale reproduzi-lo:

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

O art. 201, *caput*, do CE⁴ também estabelece uma possibilidade de realização de novas eleições: “se verificar que os votos das seções anuladas e daquelas cujos eleitores foram impedidos de votar, poderão alterar a representação de qualquer partido ou classificação de candidato eleito pelo princípio majoritário”.

Essa regra foi estendida ao sistema proporcional por meio do art. 66 da Res.-TSE nº 20.103/1998, ao contrário do art. 224 do CE, que cuida apenas das eleições majoritárias.

Atualmente, o sistema eleitoral brasileiro possibilita a declaração de nulidade dos votos (presunção absoluta) e realização de novo pleito, na hipótese adiante, estabelecida no CE:

Art. 220. É nula a votação:

- I – quando feita perante mesa não nomeada pelo juiz eleitoral, ou constituída com ofensa à letra da lei;
- II – quando efetuada em folhas de votação falsas;

⁴ Art. 201. De posse do relatório referido no artigo anterior, reunir-se-á o Tribunal, no dia seguinte, para o conhecimento do total dos votos apurados, e, em seguida, se verificar que os votos das seções anuladas e daquelas cujos eleitores foram impedidos de votar, poderão alterar a representação de qualquer partido ou classificação de candidato eleito pelo princípio majoritário, ordenará a realização de novas eleições.

III – quando realizada em dia, hora, ou local diferentes do designado ou encerrada antes das 17 horas;

IV – quando preterida formalidade essencial do sigilo dos sufrágios;

V – quando a seção eleitoral tiver sido localizada com infração do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 135. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

Parágrafo único. A nulidade será pronunciada quando o órgão apurador conhecer do ato ou dos seus efeitos e o encontrar provada, não lhe sendo lícito supri-la, ainda que haja consenso das partes.

De outra parte, as situações descritas nos arts. 221 e 222 do CE são casos de anulação dos votos – presunção relativa de prejuízo. Transcreve-se:

Art. 221. É anulável a votação:

I – (Revogado pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

I – quando houver extravio de documento reputado essencial; (Inciso II) renumerado pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

II – quando for negado ou sofrer restrição o direito de fiscalizar, e o fato constar da ata ou de protesto interposto, por escrito, no momento; (Inciso III renumerado pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

III – quando votar, sem as cautelas do art. 147, § 2º. (Inciso IV renumerado pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

a) eleitor excluído por sentença não cumprida por ocasião da remessa das folhas individuais de votação à mesa, desde que haja oportuna reclamação de partido;

b) eleitor de outra seção, salvo a hipótese do art. 145;

c) alguém com falsa identidade em lugar do eleitor chamado.

Art. 222. É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237⁵, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.

§ 1º e § 2º (Revogado pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966).

Ainda, segundo o art. 175, § 3º, do CE, “serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados”, o que possibilita a realização de novas eleições na hipótese de a Justiça

⁵ Art. 237. A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos. [...]

Eleitoral confirmar o indeferimento do pedido de registro de candidato que concorra *sub judice* e que tenha alcançado mais de 50% dos votos válidos.

A propósito, a Lei nº 12.034/2009 inseriu na Lei das Eleições o art. 16-A, que assim preceitua:

Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja *sub judice* no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato.

À guisa de exemplo, vale comentar a eleição para o cargo de prefeito ocorrida no município de Guarapari/ES, no ano de 2012, na qual o candidato mais votado – Edson Figueiredo Magalhães – teve seu pedido de registro indeferido, haja vista que eventual êxito eleitoral configuraria terceiro mandato subsequente.

Como o candidato obteve 58,31% dos votos válidos – excluídos os brancos e os nulos –, as eleições para o cargo de prefeito naquele município foram anuladas e o TRE/ES determinou a realização de eleições suplementares, a teor do que dispõe o art. 224 do CE.

Nota-se, portanto, que os mecanismos de deslegitimação do pleito são aqueles fixados no CE, motivo pelo qual a declaração de nulidade prevista no seu art. 224 não diz respeito à situação em que o eleitor decidiu votar em branco ou nulo no dia das eleições.

Nessa linha, Cerqueira (2008, p. 514) confirma que os “votos anulados pelo eleitor não anulam a eleição, pois esta somente se anula por fraude dos arts. 222 e 223 do CE. Portanto, nulidade do voto é diferente de nulidade da eleição, segundo o TSE”.

Para o autor, nulidade do voto – voto não destinado a candidato ou a partido político – não equivale a nulidade da eleição decorrente de causas expressas no Código Eleitoral. No contexto, Coneglian (2008, p. 20-21) ensina:

Uma maioria de votos em branco ou nulos, ou uma maioria, mesmo que absoluta, de votos em branco, não significa nada do ponto de vista legal (apesar do profundo significado político!) e não se presta para anular qualquer eleição.

[...] numa determinada cidade, o povo se revolta com os candidatos, e passa a votar em branco ou a anular o voto. Na contagem final, observa-se que mais da metade dos votos foi anulada. Nesse caso, a votação foi válida, embora cada voto tenha sido anulado pelo eleitor. Então não se anula a eleição. (Destacou-se.)

Desse modo, firma-se a premissa de que o atual sistema eleitoral brasileiro não considera – para invalidação e anulação de determinado pleito – a contagem dos votos brancos e nulos registrados nas urnas, muito menos permite somá-los aos anulados posteriormente ao pleito por alguma daquelas hipóteses previstas no CE.

Todavia, ainda que no campo legal não se encontre fundamento, é certo que a matéria contém profundo significado político e sociológico.

3 Os votos brancos e nulos

Nos termos do art. 77 da CF/1988 e dos arts. 2º e 5º da Lei nº 9.504/1997⁶, votos válidos são aqueles dados a um dos candidatos (chamados nominais) e os destinados a um partido político (chamados de legenda), excluídos, portanto, os brancos e os nulos.

Em sua definição, o voto em branco é aquele que não se dirige a qualquer candidato dentre os que disputam as eleições. São considerados, portanto, votos estéreis, por não produzirem frutos.

Os votos nulos, por sua vez, são aqueles que – somados aos votos em branco – compõem a categoria dos votos estéreis, inválidos ou, como denominou o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), votos apolíticos.

Logo, os votos em branco e nulos são votos que, a princípio, não produzem resultado nem influenciam no resultado do pleito.

⁶ Art. 2º Será considerado eleito o candidato a presidente ou a governador que obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos. [...]

Art. 5º Nas eleições proporcionais, contam-se como válidos apenas os votos dados a candidatos regularmente inscritos e às legendas partidárias.

Muito se discutiu a respeito da diferença e validade desses votos, havendo quem os diferenciasse ao considerar que o eleitor, ao votar em branco, estaria demonstrando rejeição aos partidos políticos ou aos candidatos que concorriam ao pleito, enquanto o voto nulo representaria a incapacidade do eleitor no momento de votar (CONEGLIAN, 2008, p. 21).

Costa, em seu artigo *A propósito de votos em branco e votos nulos em eleições proporcionais e majoritárias*, argumentou que os votos em branco representam legítima manifestação dos eleitores que, de fato, compareceram às urnas, uma vez que contam-se os votantes, e não os votos: “Voto em branco não é o mesmo que voto nulo. Quem votou em branco compareceu à votação; quem votou nulo é como se não tivesse comparecido, pois o nulo é inexistente, é nada.”

Data venia, não há que se considerar convincente o critério adotado por Tito Costa, pois o eleitor que votou nulo também compareceu à votação e expressou a sua vontade, ainda que de não escolher um candidato.

Também no tocante à diferenciação entre voto em branco e nulo, dispôs Sales, no artigo *Votos nulos, nulidade da eleição e nova eleição*:

Votos em branco, por pura tautologia, são aqueles em que o eleitor entrega a cédula em branco ou manifesta essa vontade em tecla própria na urna eletrônica. Já os nulos são aqueles atribuídos a candidatos ou legendas partidárias inexistentes. *Não há tecla específica na urna eletrônica para o voto nulo.* (Destacou-se.)

Enquanto o autor mencionado distinguiu os votos pelo critério da existência de tecla própria para voto em branco e entrega de cédula em branco, o TSE⁷, em voto proferido pelo Ministro José Delgado, esclareceu:

21. O Min. Ilmar Galvão, ao proferir voto no RE-STF nº 140.460-4/DF, de 19.5.1993, *confirmou o tratamento diferenciado dado ao voto em branco e ao voto nulo*:

“O voto em branco, que constitui manifestação de vontade política do eleitor, não se qualifica como voto indireto. O cidadão, ao votar em branco, exterioriza, na concreção desse gesto, uma

⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição 1.869/DF. Relator: Min. José Delgado. Brasília, DF, 25.9.2006.

inequívoca manifestação, ainda que negativa, de vontade. O voto em branco não se reduz, desse modo, à noção de voto nulo. (...)” (destacou-se).

Desse modo, o TSE – no julgamento mencionado – compreendeu que o voto em branco exprime sufrágio, pois o eleitor que decide votar em branco manifesta vontade política, o que não acontece com o voto nulo.

Não obstante as ponderações transcritas, a diferenciação dada anteriormente não mais prevalece, estando ambos os votos – brancos e nulos – na mesma categoria: a dos votos inválidos⁸.

O eleitor que – ao comparecer às urnas no dia das eleições – votar em branco ou nulo, pode fazê-lo por diversas razões, tais como: (1) indiferença; (2) alheamento eleitoral; (3) erro no momento da digitação; (4) apatia política; ou, ainda (5) protesto diante da insatisfação do quadro político que se estabelece em um determinado país, estado ou município.

Esses motivos podem embasar tanto a postura dos que votam em branco quanto a dos que votam nulo, pois o resultado final é o mesmo: invalidar o voto.

Assim sendo, não se entende razoável diferenciar o voto em branco do voto nulo por um critério técnico quanto ao significado da palavra, haja vista, em ambos os casos, os eleitores terem comparecido, de fato, para votação; todavia, posicionaram-se, igualmente, de modo a não escolher qualquer dos candidatos ou partidos apresentados naquele pleito. Logo, deve-se considerar a essência do ato, a sua real motivação, que é a invalidação.

Em regra, é evidente que não se sabe, ao certo, a razão que motiva cada eleitor a votar em branco ou nulo; entretanto, em ambos os casos, não há dúvida quanto à invalidade do voto por eles dado. Resta analisar se essa invalidade deve ser considerada manifestação legítima no Estado democrático de direito a ponto, inclusive, de invalidar a própria eleição.

⁸ “O cientista político Cristiano Noronha explica que até 1997 havia distinção entre voto branco e voto nulo, mas isso mudou com a nova lei eleitoral. Agora, votos brancos e votos nulos são excluídos da contagem.” Câmara dos Deputados. *Votos brancos e nulos diminuem legitimidade da eleição, diz TSE*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/tv/materias/ELEICOES-2010/190286-VOTOS-BRANCOS-E-NULOS-DIMINUEM-LEGITIMIDADE-DA-ELEICAO%2C-DIZ-TSE.html>>. Acesso em: 24 fev. 2011.

4 Aproveitamento dos votos brancos e nulos nas eleições brasileiras

Não há registros – na legislação brasileira – de que em algum momento os votos nulos tenham sido computados como votos válidos. Todavia, o mesmo não se pode dizer dos votos em branco, que sempre foram considerados para definição do quociente eleitoral nas eleições proporcionais, até o advento da Lei nº 9.504/1997, publicada em 1º.10.1997.

O parágrafo único do art. 106 do CE considerava, expressamente, o voto em branco como válido para determinação do quociente eleitoral nas eleições proporcionais: “contam-se como válidos os votos em branco para determinação do quociente eleitoral”.

Contudo, a nova regra, trazida pelo art. 5º da Lei Eleitoral, revogou o texto ao estabelecer o seguinte: “nas eleições proporcionais, contam-se como válidos apenas os votos dados a candidatos regularmente inscritos e às legendas partidárias”.

Assim, para as eleições proporcionais, passou-se a considerar votos válidos aqueles dados aos candidatos regularmente inscritos e às legendas partidárias.

À época em que os votos em branco eram considerados válidos para definição do quociente eleitoral, o TSE manifestou-se pela constitucionalidade do parágrafo único do art. 106, consignando que aqueles votos representavam manifestação de vontade do eleitor. Confira-se:

8. Apesar das doutes opiniões em contrário, penso que os votos em branco constituem indiscutivelmente manifestação de vontade política do eleitor, expressão de seus direitos políticos e da soberania popular assegurados pela Constituição e devem, portanto, ser considerados para fins de cálculo do quociente eleitoral [...]º (Destacou-se.)

º BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 9.277/MT. Relator: Min. Antônio Vilas Boas. Brasília, DF, 19.12.1990. No mesmo sentido: RCED nº 427/PI, rel. Min. Célio Borja. Brasília, DF, 5.3.1991.

O art. 106, parágrafo único, do CE, e a compreensão acerca da diferença entre o voto em branco e o voto nulo justificavam a aceitação daquele para a definição do quociente eleitoral.

Os defensores do cômputo dos votos em branco para o cálculo do quociente eleitoral argumentavam que as eleições proporcionais sempre tiveram tratamento diferenciado das eleições majoritárias e, portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, não havia por que estender a compreensão adotada no seu art. 77 para o cálculo do quociente eleitoral.

Sabe-se, também, que, no tocante ao pleito majoritário, a antiga legislação eleitoral (art. 9º da Lei nº 4.109/1962¹⁰) permitia a soma dos votos em branco (então considerados válidos) aos votos anulados judicialmente para efeito de realização de novas eleições, com fundamento no *caput* do art. 125 do antigo Código Eleitoral de 1950¹¹. Transcreve-se jurisprudência do TSE nesse sentido:

O art. 9º, da Lei nº 4.109, determina que nas eleições majoritárias, os votos em branco sejam adicionados aos votos anulados, para os efeitos do art. 125 do Código Eleitoral. Mas é preciso lembrar que a cédula unida, de agora, contém vários nomes, para várias eleições e que o eleitor vai votar em dois candidatos que serão igualmente eleitos¹². (Destacou-se.)

Mais:

O art. 9º da Lei nº 4.109, estabelecendo que os votos em branco nas eleições majoritárias – serão adicionados aos votos anulados, para os efeitos do art. 125 acima transcrito, não podia alterar, como não alterou, a norma consubstanciada no parágrafo único do art. 56 do Código Eleitoral.

¹⁰ Art. 9º Para os efeitos do art. 125 do Código Eleitoral, os votos em branco, nas eleições majoritárias, serão adicionados aos votos anulados.

Parágrafo único. Na hipótese de renovação do pleito (Código Eleitoral, art. 125), será reaberto o prazo para registro de novos candidatos. (Destacado.)

¹¹ Art. 125. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos de uma circunscrição eleitoral, nas eleições federais e estaduais, ou de um município ou distrito nas eleições municipais ou distritais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal Regional marcará dia para nova eleição, dentro do prazo de 20 a 40 dias.

¹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Contra Expedição de Diploma nº 170/MG. Relator: Min. Décio Meirelles de Miranda. Brasília, DF, 14.12.1962.

O voto em branco não passou a ser voto nulo como afirma o recorrente. Passou, apenas, a ser adicionado ao voto nulo, nas eleições majoritárias e tão somente para os efeitos do art. 125 do Código Eleitoral. (Destacou-se¹³.)

Todavia, esse entendimento ficou superado com a entrada em vigor do Código Eleitoral de 1965, o que se confirma pelo posicionamento adotado por aquela Corte Eleitoral no julgamento do MS nº 601/1983¹⁴:

Essa colocação não subsistiu, no entanto, ao Código de 1965, que considerou votos válidos os votos em branco (art. 106, parágrafo único) e só mandou computar os nulos para os efeitos da nulidade da eleição no caso do art. 224. (Destacou-se.)

Nessa mesma decisão, determinou-se a anulação das eleições no município de Capelinha/MG e a realização de novo pleito (art. 224 do CE), sob o argumento de que os votos confirmados como nulos, em razão do art. 175, § 3º (candidatos não registrados), somados aos votos nulos (“propriamente ditos”), superaram o total de votos válidos.

Percebe-se que, naquela ocasião, o TSE não fez distinção entre voto anulável e voto nulo decorrente de manifestação apolítica ou erro do eleitor, compreendendo ambos a categoria de votos nulos, simplesmente.

Tecer comentário a respeito dessa questão – ainda que não corresponda ao atual entendimento do TSE – é de relevante importância para este estudo, haja vista que não se pode ignorar que houve um momento em que os votos em branco eram considerados manifestação válida do eleitor.

5 A importância do voto como manifestação legítima no Estado democrático de direito: democracia, soberania popular e legitimidade das eleições

É certo que uma maioria de votos nulos e brancos expressam nítida insatisfação social, podendo – caso sejam ignorados – enfraquecer a soberania popular, um dos pilares do Estado democrático de direito.

¹³ _____. Recurso Contra Expedição de Diploma nº 178/MG. Relator: Min. Vasco Henrique D’Ávila. Brasília, DF, 5.12.1963.

¹⁴ _____. Mandado de Segurança nº 601/MG. Relator designado: Min. José Guilherme Villela. Brasília, DF, 17.5.1983.

Todavia, o nosso sistema eleitoral – sob o aspecto legal – não prevê a possibilidade de anulação de determinada eleição nos casos em que os votos brancos e nulos totalizem mais de 50% dos votos válidos, sendo, portanto, “irrelevante para a validade de certa eleição se grande número de eleitores, mesmo que a maioria, manifeste a vontade nas urnas através do voto nulo”¹⁵.

Desse modo, o TSE consagrou votos válidos ou férteis aqueles obtidos por candidato e computados na eleição, ou seja, aqueles que refletem a vontade política orientada à escolha de um mandatário de cargo eletivo, dos quais se excluem os nulos e os brancos.

Aliás, para reforçar esse entendimento, transcreve-se o art. 162 da Res.-TSE nº 23.372¹⁶ – que disciplinou as eleições municipais de 2012:

Art. 162. Serão eleitos os candidatos a prefeito, assim como seus respectivos candidatos a vice, que obtiverem a maioria de votos, *não computados os votos em branco e os votos nulos* (Constituição Federal, art. 29, I, II, e Lei nº 9.504/1997, art. 3º, *caput*). (Destacou-se.)

Nessa mesma linha, são os trechos de decisões proferidas por aquela Corte Superior. Confira-se:

Anoto que na Consulta nº 1.657, o Tribunal decidiu que *“os votos dados a candidatos cujos registros encontravam-se sub judice, tendo sido confirmados como nulos, não se somam, para fins de novas eleições (art. 224, CE), aos votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor”*.

Em face dessa orientação do Tribunal – diferenciando os votos em questão – tenho que, conforme reiterados precedentes, *a incidência do art. 224 do Código Eleitoral – que dispõe “se a nulidade atingir a mais da metade dos votos (...)” – deve ser aferida tendo em conta a votação válida – relativa aos votos atribuídos efetivamente a candidatos – e não sobre o total de votos apurados, a incluir nulos e em brancos.*

¹⁵ SALES, José Edvaldo Pereira. *Votos nulos, nulidade da eleição e nova eleição*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11506/votos-nulos-nulidade-da-eleicao-e-nova-eleicao>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

¹⁶ Dispõe sobre os atos preparatórios, a recepção de votos, as garantias eleitorais, a justificativa eleitoral, a totalização, a divulgação, a proclamação dos resultados e a diplomação para as eleições de 2012.

Ademais, o referido art. 224 do Código Eleitoral está inserido no capítulo de nulidades de votação, sendo certo que elas se referem àquelas descritas nos arts. 220 a 222 do Código Eleitoral, além daquelas decorrentes do indeferimento do registro de candidatos, em face do disposto no art. 175, § 3º, do Código Eleitoral.

*Não há, portanto, como incluir os votos nulos e brancos para cálculo da validade da votação, por ausência de previsão legal*¹⁷. (Destacou-se.)

Ainda:

Percebe-se de pronto que os *votos nulos não se confundem com os anuláveis*, a priori tidos como válidos, mas dados a candidato que se vale de captação ilícita ou abuso do poder político e econômico durante o processo eleitoral.

Nesse sentido, a *jurisprudência do TSE consagrou como votos válidos, ou férteis*, na acepção da doutrina transcrita, mas suscetíveis à anulação posterior, em decorrência da aplicação do art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, *aqueles obtidos por candidato e computados na eleição*. A toda evidência, *tais votos refletem vontade política orientada à escolha de um mandatário de cargo eletivo*. Não se incluem, in casu, o universo de votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor, seja ela deliberada ou decorrente de erro¹⁸. (Destacou-se.)

Portanto, votação válida – na compreensão do TSE – é aquela cujos votos foram atribuídos efetivamente a candidatos ou a legenda partidária, excluindo-se os nulos e os brancos. Além de não serem aceitos como válidos, os votos nulos e brancos, denominados apolíticos pela Corte Eleitoral, atualmente não se somam aos votos anuláveis para o fim de examinar a validade das eleições, ou seja, os votos estéreis não se somam àqueles anulados posteriormente por decisão judicial, sobretudo em razão de terem premissas diferentes¹⁹.

Nessa seara, existem estudiosos que se expressam em convergência com o entendimento firmado pelo TSE, acrescentando que o voto é o reflexo de uma sociedade politicamente madura e organizada, e os votos brancos e nulos consistem em desserviço social.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-RMS nº 665/RS. Relator: Min. Arnaldo Versiani. Brasília, DF, 2.6.2009.

¹⁸ _____. Respe nº 25.937/BA. Relator: Min. José Delgado. Brasília, DF, 17.8.2006.

¹⁹ Essa compreensão foi firmada por ocasião do julgamento de consulta formulada pelo presidente do TRE/PI recebida no TSE como Processo Administrativo nº 20.159/2008. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 19.12.2008.

Bonavides (1997, p. 112) posiciona-se nesse sentido:

Em rigor, o voto em branco, ferindo esse princípio, equivale a um voto nulo, por não exprimir sufrágio; se o admitíssemos em pé de igualdade com o voto verdadeiramente válido, a saber, o voto expresso, o voto nominal, acometido mortalmente ficaria o princípio da representação proporcional, o qual exige que cada voto tenha não apenas uma igualdade numérica, senão uma igualdade de eficácia. (Destacou-se.)

Para o autor, os votos brancos e nulos não estão revestidos de eficácia, visto que não exprimem sufrágio e, portanto, são inválidos.

Do mesmo modo, o Ministro Marco Aurélio de Mello, à época presidente do TSE, manifestou-se contrariamente ao voto nulo. Mello disse também que os eleitores brasileiros não deveriam escolher o voto nulo como forma de protestar contra os recentes escândalos políticos, envolvendo integrantes do Executivo e do Legislativo.

O voto nulo é um desserviço à sociedade”, afirmou. “O direito ao voto é para ser exercitado de forma consciente”, declarou. “Se a Constituição prevê o voto obrigatório, não é, evidentemente, o voto que equivale a zero. É o voto que possa influenciar na escolha”, disse²⁰. (Destacou-se.)

Para o Ministro Marco Aurélio, o voto consciente – revestido de influência – é aquele destinado a um dos candidatos registrados, enquanto que o voto nulo consiste em um desserviço social.

Na mesma linha de entendimento, o jornalista Oliveira Dimas²¹ definiu o voto nulo ou apolítico como “imprestável”. Confira-se:

O maior poder na democracia está no voto válido na mão do cidadão consciente de seu direito. É importante estabelecer uma realidade definitiva: o voto anulado pelo eleitor por desatenção, pouco conhecimento da urna eletrônica, lapso na digitação do número de seu candidato ou intencionalmente

²⁰ Tribuna do Norte. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/reforma-eleitoral-deve-ser-adiada/10144>>. Acesso em: 28 fev. 2011.

²¹ DIMAS, Oliveira. Blog Demais. *A verdade sobre o voto nulo*. Disponível em: <<http://oliveiradimas.blogspot.com/2010/07/verdade-sobre-o-voto-nulo.html>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

errado, gera o chamado voto nulo ou voto apolítico, que é absolutamente imprestável sob qualquer aspecto, de vez que não gera consequência política. (Destacou-se.)

Data venia, não há que se concordar com os posicionamentos citados, sobretudo em razão de a obrigatoriedade se referir ao comparecimento às urnas – no dia da votação –, não existindo lei que imponha ao eleitor a escolha de um dos candidatos concorrentes ao pleito.

Ademais, como mencionado, o voto é o exercício da soberania popular, a mais pura expressão da democracia que, no seu conceito clássico, compreende a vontade popular que determinará o futuro político de determinada sociedade.

Logo, a importância do voto está diretamente ligada à participação de cada cidadão no contexto político do seu país, seja ele dado a um dos candidatos participantes de uma eleição ou invalidados, como forma de demonstrar insatisfação social com o sistema político vigente. É o que pondera Carneiro (2004, p. 45):

Não é raro, no dia da eleição, encontrar na fila de votação um eleitor mal-humorado e apressado para cumprir sua obrigação de votar. O eleitor que faz opção pelo voto branco ou nulo não se insere na categoria do analfabeto político de que trata o poeta alemão Bertold Brecht. Pelo contrário, ele participa efetivamente do processo político manifestando a sua repulsa com o sistema político-jurídico vigente. (Destacou-se.)

A democracia permite ao eleitor essa participação, podendo ele exercê-la por meio do sufrágio, seja para escolher um dos candidatos apresentados, seja para se manifestar pela rejeição de todos eles.

Desse modo, os votos brancos e nulos – especialmente na qualidade de voto de protesto e de insatisfação com o quadro político e social – deveriam ser considerados como manifestação legítima do eleitorado e, por conseguinte, para efeito de invalidação de determinado pleito majoritário, quando sua porcentagem atingir mais de 50% dos votos válidos dados a candidatos.

A respeito do significado do voto e seu valor, Coneglian (2008, p. 44) menciona:

Embora a anulação do voto não seja a melhor via a ser seguida em uma sociedade madura e politizada, não se pode deixar de reconhecer que constitui relevante *instrumento de protesto*. Um alto índice de votos nulos revela o descontentamento do povo com a classe política. (Destacou-se.)

O posicionamento mencionado é coerente, pois não há como desconsiderar o voto nulo – e também o branco – como instrumento de protesto e reflexo da insatisfação social, sobretudo porque tais votos “representam uma escolha política como qualquer outra. Não votar pode alterar o resultado final e, dessa forma, é participar do processo”²².

Ramos²³ inseriu os votos brancos e nulos na categoria do alheamento eleitoral, que, para a autora, significa “a manifestação, em uma eleição, de indivíduos que não escolhem um representante político para exercer o poder”. No contexto, acrescentou:

É igualmente importante diferenciar “alheamento eleitoral” de “alheamento político”, pois a política é ampla e não se restringe às eleições. A decisão por não escolher um candidato nas eleições não necessariamente corresponde a uma ausência de engajamento político, pois o alheamento eleitoral, se motivado por protesto contra o sistema (bastante comum entre os anarquistas), contrapõe-se à ideia de alheamento político.

Uma última questão a ser esclarecida é a diferença entre alheamento eleitoral e ausência de participação política ou ainda não-participação eleitoral. O voto em branco e o voto nulo são englobados pelo conceito de alheamento eleitoral e ao mesmo tempo não significam uma não-participação, pois ambos se efetivam por meio do comparecimento às urnas. Desta forma, a ausência de decisão não equivale à ausência de participação. (Destacou-se.)

À luz deste estudo, confirma-se a ideia de que os votos brancos e nulos expressam, em regra, uma vontade do eleitor contextualizada em um engajamento político, entendimento robustecido pela ideia de que a obrigatoriedade está no comparecimento às urnas, e não na escolha do candidato.

²² GICO JÚNIOR, Ivo. *Liberdade do voto*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11813/liberdade-de-voto>>. Acesso em: 20 set. 2010.

²³ RAMOS, Paola Novaes. Alheamento eleitoral: reflexões sobre o significado de votos em branco, votos nulos e abstenções na teoria política contemporânea. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/viewFile/3356/2739>>. Acesso em: 7 out. 2010.

Em vista dessa proposta, é questionável considerar-se legítima determinada eleição que proclama eleito candidato ainda que mais de 50% dos votos não tenham se destinado a escolher os nomes apresentados para eleição, ou seja, hipótese em que mais de 50% dos votantes tenham votado nulo ou em branco.

Nesse caso, entende-se que não tenha sido respeitado o princípio da democracia representativa e, por conseguinte, a soberania popular. A propósito, Carneiro (2004, p. 40) fez a seguinte reflexão:

Adotando-se o conceito clássico de democracia proposto por vários autores, segundo o qual a *democracia é o princípio pelo qual a maioria reina no Estado e, por isso, preconiza o princípio majoritário em razão de ser impossível a unanimidade*, adotou-se o critério da maioria por razões de ordem prática como forma de escolha daqueles que representariam a “*vontade geral*”. (Destacado.)

Ignorar a manifestação daqueles que decidiram votar em branco ou anular o voto no comparecimento às urnas pode não ser causa, por si só, de deslegitimação, mas certamente é fator capaz de enfraquecer a legitimidade do pleito.

No tocante à legitimidade das eleições em relação ao número de votos brancos e nulos, o TSE aduziu que, ao deixar de escolher um dos candidatos apresentados em determinado pleito, o eleitor contribui para a diminuição da legitimidade daquela eleição. Transcreve-se:

Os votos nulos ou brancos interferem no resultado de uma eleição?

No resultado das eleições não, porque os votos brancos ou nulos não fazem mais parte dos cálculos eleitorais.

Entretanto, *é importante considerar que esses votos contribuem para a menor legitimidade de uma eleição*. Isso implica dizer que, em uma eleição, seja ela majoritária ou proporcional, *quanto maior o número de votos nulos e brancos, menor a necessidade de votos válidos para que um candidato seja eleito*²⁴. (Destacou-se.)

Acerca de legitimidade das eleições, ensina Gomes (2009, p. 45) que “legítimo é o que está de acordo com a verdade, com a ideia de justiça

²⁴ Boletim Informativo da Escola Judiciária Eleitoral do TSE. Votos válidos, nulos e brancos. Eleições 2010. n. 15, 20 set. 2010.

predominante, é o que observou o procedimento legal adrede traçado, enfim, é o que resulta da soberania popular". O autor continua:

Hodiernamente, dúvida não há de que *a legitimidade do exercício do poder estatal por parte de autoridades públicas decorre da escolha levada a cabo pelo povo. Em uma sociedade verdadeiramente democrática, os governados é que elegem seus governantes, reconhecendo-os como autoridades investidas de poder político*. Essa escolha deve ser feita em processo pautado por uma disputa limpa, isenta de vícios, corrupção ou fraude. A escolha é sempre fruto do consenso popular, que, de certa maneira, homologa os nomes dos candidatos, consentindo que exerçam o poder político-estatal. (Destacou-se.)

Considerando que a legitimidade é o resultado da escolha dos eleitores que, pautados na soberania popular, expressam a sua vontade, reforça-se não haver coerência em legitimar um pleito majoritário em que, por exemplo, mais de 50% dos votos dados forem nulos e brancos e excluídos do cálculo eleitoral, haja vista que não estaria sendo respeitada a democracia, isto é, a participação da maioria do eleitorado na escolha de seu governante. A esse respeito, Carneiro (2004, p. 46) conclui:

Diante desse quadro, *considero legítimo, e não poderia ser diferente, visto que se trata de manifestação popular, o grande número de votos nulos e brancos nas eleições brasileiras, o que demonstra claramente a insatisfação com a representação política e com o sistema jurídico eleitoral vigente*. (Destacou-se.)

Na hipótese de se alcançar, em uma eleição majoritária, um considerável número de votos nulos e brancos, haverá, no mínimo, que se repensar os sistemas políticos e jurídicos vigentes no Brasil.

Como complemento a essa ideia, extrai-se ponderação de absoluta pertinência em voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto²⁵ por ocasião do julgamento do PA nº 20.159/PI. Confira-se:

Uma outra opção: as duas categorias de votos nulos (apolíticos e anuláveis) não se somam, já foi dito. Hão de ser consideradas de *per se*. Mas *se qualquer delas, sozinha, alcança 50% mais um dos votos, então é de se convocar nova eleição*. Isto

²⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo Administrativo nº 20.159/PI. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 19.12.2008.

para que nenhum candidato a chefe do Poder Executivo se eleja contra a deliberada vontade soberana do corpo eleitoral de uma dada circunscrição federada. Com o que, reitero, conciliam-se os princípios da democracia (a pressupor a majoritriedade) e da soberania popular (a exigir o respeito à vontade soberana do eleitor). (Destacou-se.)

O argumento mencionado fortalece a proposta em debate. Contudo, não se identificou nenhum caso nas eleições brasileiras em que mais de 50% dos votos tenham sido invalidados pelos eleitores (brancos e nulos), podendo-se dizer que a inexistência de ocorrências dessa natureza tenha por motivo principal a ausência de divulgação de informações esclarecedoras à sociedade, especialmente pelo posicionamento da Justiça Eleitoral em divulgar os votos brancos e nulos como votos desprovidos de vontade e, portanto, que não expressam escolha.

De outra parte, considerou-se a possibilidade de os votos em branco – à época, considerados manifestação legítima da vontade do eleitor – serem computados para cálculo das eleições majoritárias, e não apenas para as proporcionais:

14. Assim, se os votos em branco são válidos, no sentido dado pelo art. 106, parágrafo único do Código Eleitoral – *porque são expressão da vontade política do eleitor – deveriam em tese ser sempre computados em quaisquer eleições, e não apenas nas eleições proporcionais.*

15. Na verdade, a razão pela qual os votos em branco não são computados nas eleições majoritárias para presidente da República, governadores de estado e prefeitos municipais, é unicamente, a nosso ver, a existência de norma expressa na Constituição excluindo tais votos do cômputo da maioria absoluta de votos, necessária para considerar eleito no primeiro turno um dos candidatos (Constituição Federal, arts. 77, § 2º, 28 e 29, II)²⁶. (Destacou-se.)

A questão, como se percebe, encontrou óbice no art. 77 da CF/1988. Assim, o que torna legítima no atual ordenamento jurídico a exclusão dos votos brancos e nulos do cômputo dos votos válidos é a expressa

²⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 9.277/MT. Relator: Min. Antônio Vilas Boas. Brasília, DF, 19.12.1990. No mesmo sentido: RCED nº 427/PI. Relator: Min. Célio Borja. Brasília, DF, 5.3.1991.

disposição legal a esse respeito (art. 77 da CF/1988 e arts. 2º e 5º da Lei nº 9.504/1997).

Finalmente, analisando-se a questão sob outro ângulo, vale mencionar a tese apresentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento do RMS nº 23.234/AM em 2.10.1998 (Supremo Tribunal Federal).

Confirmou-se, naquele momento, a anulação das eleições no município de Tabatinga/AM, após constatar-se que os votos nulos somados aos votos posteriormente anulados pela Justiça Eleitoral (art. 175, § 3º, do CE) superaram 50% dos votos dados aos demais candidatos devidamente registrados.

Naquela oportunidade, sustentou-se a existência de dois momentos distintos no processo eleitoral: 1º) verificação da validade das eleições (art. 224 do Código Eleitoral); e 2º) proclamação dos eleitos (art. 77, § 2º, da Constituição Federal), analisada em um segundo momento, após a confirmação da validade das eleições.

Para melhor elucidação dessa tese, transcreve-se trecho do *decisum*:

Esse precedente serviu de lastro, no acórdão recorrido, ao voto-condutor do em. Ministro Eduardo Ribeiro, que – antes de transcrever e endossar o meu voto nele exarado – sintetizou, com exatidão, a tese então prevalecente – f. 210:

“O tema de fundo que se apresenta no presente pedido de segurança diz com a alegação de que não recebido o disposto no citado art. 224 pela vigente Constituição, mais especificamente por seu art. 77, § 2º.

Não obstante, o brilho com que expostas as razões dos impetrantes, considero que não podem prosperar.

As matérias reguladas em um e outro dispositivo são perfeitamente distintas. A norma do Código Eleitoral diz com a validade (rectius, eficácia) das eleições. Para que haja candidatos eleitos, será mister que os votos nulos não superem a metade do total. Outro passo será de saber quem foi eleito e disso cuida a disposição constitucional. Tratando-se de presidente da República, assim como por força dos arts. 28 e 29, II, de governador ou prefeito, esse último de cidade com mais de duzentos mil eleitores, só se considerará eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta de votos, não considerados os nulos e os em branco.

Vê-se que, havendo maioria de votos nulos, far-se-ão novas eleições. Isso não ocorrendo, cuidar-se-á de verificar se houve ou não maioria absoluta, quando exigível. Nessa fase não serão considerados os votos nulos que, por suposto, não terão superado a metade, pois, quando tal ocorra, nem se passa a essa segunda fase. (Destacou-se.)

A ponderação é relevante, em especial porque considera que a proclamação dos eleitos somente poderá ser realizada após a confirmação da validade das eleições.

Assim, pode-se inferir que, em um município no qual mais de 50% dos eleitores decidiu votar em branco ou anular o seu voto, deve ser reconhecida a invalidade das eleições, atraindo a incidência do art. 224 do CE, e, portanto, não se prossegue para a fase seguinte, a da proclamação do eleito (art. 77 da CF/1988).

Logo, seja pela não observância do princípio da soberania popular, seja pela tese segundo a qual se proclama o eleito após a constatação da validade das eleições, ou por ambas, torna-se consistente a possibilidade de se repensar e reavaliar a invalidação dos votos brancos e nulos, a partir de uma profunda e persistente manifestação social frente aos poderes Legislativo e Judiciário.

6 Conclusão

Nos termos da legislação brasileira vigente, uma eleição somente poderá ser anulada de acordo com o que dispõem os arts. 220, 221, 222 e 175, § 3º, do CE, e, para ser proclamado eleito, o candidato ao cargo majoritário do Poder Executivo deve alcançar a maioria dos votos válidos, dos quais se excluem os votos em branco e os nulos, consoante estabelece o art. 77 da CF/1988.

No sistema eleitoral brasileiro, não há ilegitimidade do ponto de vista legal na desconsideração dos votos em branco e nulos no cálculo eleitoral. Contudo, o mesmo não se pode alegar sob os aspectos político e sociológico, que permitem o reconhecimento dos votos brancos e nulos como um importante meio de questionamento da ordem política estabelecida no Brasil, sobretudo quando expressos em forma de protesto.

Desse modo, a não consideração desses votos para efeito de validade de determinada eleição equivale a desrespeitar o Estado democrático de direito, que tem como um dos pilares a soberania popular.

A propósito, ao analisar a importância da soberania popular, Barbosa (2004, p. 66) afirmou: “A liberdade individual de expressão das tendências políticas é pressuposto indispensável à ordem democrática, onde o sufrágio é a maior expressão do sistema representativo”.

O sufrágio corresponde à significativa expressão da democracia representativa, motivo pelo qual se pressupõe que a manifestação popular consubstanciada no ato de votar em branco e nulo é legítima e merece ser reconsiderada para efeitos de mudança da atual percepção jurídica do sistema.

De fato, o voto deve ser consciente, e os eleitores devem ser preparados para o exercício da democracia no Brasil. Todavia, consciência não significa apenas escolher um dos candidatos, senão também protestar.

Desse modo, mesmo que o voto nulo ou em branco não tenha efeito algum – do ponto de vista legal –, o eleitor tem o direito de se recusar a escolher um candidato, independentemente do motivo, e optar por invalidar o seu voto.

Referências

ALBUQUERQUE, Xavier. Inconstitucionalidade do cômputo dos votos em branco nas eleições proporcionais. *Revista Estudos Eleitorais*. Brasília: TSE, v. 1, n. 1, 1997.

BARBOSA, Arlene Costa. Os direitos políticos e a evolução da cidadania. *Revista de Julgados*. Paraíba: TRE. v. único, n. 8, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A Constituição e a invalidade do voto em branco. *Revista Estudos Eleitorais*. Brasília: TSE, v. 1, n. 1, 1997.

CARNEIRO, Renato César. Os votos brancos e nulos como atos de desobediência civil. *Revista de Julgados*. Paraíba: TRE. v. único, n. 8. 2004.

CERQUEIRA, Thales Tácito, CERQUEIRA, Camila Medeiros. *Tratado de Direito Eleitoral*. Tomo I. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CODATO, Adriano. Comportamento político e formas de protesto eleitoral: o voto nulo no Brasil e no Paraná. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 62, out./dez. 2006.

CONEGLIAN, Olivar. *Lei das eleições comentada*. 5. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris.

COSTA, Tito. A propósito de votos em branco e votos nulos em eleições proporcionais e majoritárias. *Revista Estudos Eleitorais*, Brasília: TSE, v. 1, n. 1, 1997.

GOMES, José Jairo. Invalidade no Direito Eleitoral: nulidade e anulabilidade de votos. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: ano 1, n. 1, jul./dez. 2009.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira e outros. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NICOLAU, Jairo. *A participação eleitoral: evidências sobre o caso brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/JairoNicolau.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2010.

PEREIRA, Frank Sérgio; PÁDUA, Robson Antônio de. O voto no Brasil. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 8, n. 15, 2º semestre 2005.

PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

SCHREINER, Katherine. Da proteção à legitimidade e à normalidade das eleições. *Resenha eleitoral*, Santa Catarina: TRE, v. 14, 2007.

SILVA, Antônio Ozaí da. *O direito ao voto nulo*. Disponível em: <<http://www.mail-archive.com/voto-eletronico@encoder1.iron.com.br/msg01149.html>>. Acesso em: 7 out. 2010.

REGIME POLÍTICO BRASILEIRO¹

RODRIGO MOREIRA DA SILVA

Bacharel em Direito. Técnico judiciário do TSE.

Resumo

Regime político é um composto de várias normas e princípios a serem seguidos quando se fala em governo, mas que não se restringe a apenas ele, visto que governar envolve uma série de outros conceitos para que essa atividade seja possível, como, por exemplo, o fundamento da autoridade dos governantes, o motivo pelo qual obedecemos, a forma de escolher esses governantes, a estrutura do Estado sobre a qual os governantes exercem sua função política e as limitações que lhes são postas ao exercê-la. Para tanto, é necessário compreender que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de direito, mas, além disso, ter a exata compreensão do que cada um desses conceitos indica. Todos eles reunidos dão a ideia de como acontecem as relações entre governantes e governados, entre governantes e Estado e entre Estado e seus próprios entes federativos. É nesse contexto que se define o conteúdo do regime político brasileiro.

Palavras-chave: Regime político brasileiro. República. Legitimidade e legalidade. Democracia. Federação. Estado de direito. Garantias constitucionais.

¹ Artigo recebido em 15 de fevereiro de 2013 e aceito para publicação em 20 de fevereiro de 2013.

Abstract

The political regime is a group of various norms and principles to be followed when it comes to talk about government, but not only restricted to it, taking into account that governing takes up a lot of other concepts to make it possible, like, for example, substantiating the authority of the governors, the reason why we comply, the ways to choose those governors, the structure of the State over which governors exercise their political functions and the limitations which are forced onto them in order to govern. Hence, it is necessary to understand that the Federal Republic of Brazil is constituted of a Democratic State of law, and, besides that, it is necessary to comprehend what those concepts mean. All of them together give the idea of how the relations between governors and the governed happen, between the governors and the State, and the State and its federal members. It is within this context that the Brazilian political regime takes place.

Keywords: Brazilian political regime. The Republic. Legitimacy and legality. Democracy. The Federation. State of law. Constitutional rights.

[...] todos os governos não são da mesma natureza: uns são mais gastadores que outros, e as diferenças se fundam neste outro princípio, a saber que, quanto mais as contribuições públicas se apartam de sua origem, mais são onerosas. Não se há de medir esse encargo pela quantidade de impostos, mas pelo caminho que eles têm de atravessar, para voltar às mãos de onde saíram; quando a circulação é pronta e bem estabelecida não importa que se pague muito ou pouco; sempre o povo é rico, e o Erário prospera. Ao contrário, por pouco que o povo dê, se esse pouco não lhe torna às mãos, como sempre dá, em breve se esgota, e desse modo nunca o Estado é rico, e o povo é sempre indigente. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*.)

1 Introdução

O tema a seguir se refere ao regime político aplicável ao Brasil. Porém, antes de discorrer sobre o assunto, definir-se-á o conceito de

regime político, pois se trata de um pressuposto básico para o bom entendimento da matéria.

Dominar o conceito de regime político é de grande importância, já que tal conceito envolve assuntos como: forma de Estado, forma de governo, regime de governo, Estado de direito, princípios da legalidade e da legitimidade, soberania popular, garantias constitucionais etc. Todos, em conjunto, constituem o que se pode chamar de regime político, porém, adverte-se que regime político é algo bastante amplo, não se podendo afirmar que esse conjunto esgote todo o conteúdo. Em verdade, o regime político se presta a resolver alguns problemas, logicamente políticos, que se encontram no momento de governar e de ser governado. Em função disso, tudo aquilo que se valha para resolvê-los poderá estar incluído no conceito de regime político.

Dentre os problemas políticos, podem-se enumerar como pontos cruciais os seguintes: a autoridade dos governantes, a obediência ao governo, a forma de escolha dos governantes, a estrutura do governo e a limitação dos poderes dos governantes.

É nesse sentido que se desenvolverá este artigo, enumerando e discorrendo sobre cada um dos problemas mencionados acima. Ao falar de cada um deles, será necessário adentrar em tópicos como República, democracia e pacto federativo.

Portanto, ao final, o leitor será capaz de entender o significado de regime político brasileiro ou, em outras palavras, a forma como acontecem as relações entre governantes e governados, entre governantes e Estado e entre Estado e seus próprios entes federativos.

2 Regime político

Regime político é um conjunto de normas, princípios e ideias que, unidos, criam um sistema coerente a respeito da vida política da sociedade. Por conta disso, o conceito de regime político não se restringe apenas a definir uma forma de governo ou de Estado, é algo bem mais amplo.

Primeiramente – apenas para se ter ideia da amplitude –, a palavra regime deriva do latim *regimen*, de *regre* (reger, dirigir, governar) e exprime a ação de conduzir ou de governar. Logo, conduzir é característica primordial. Porém, regime não é apenas a ação de conduzir; é conduzir de acordo com determinadas regras. Não fosse pelas regras, não se usaria o nome de regime político, mas de rumo político, destino político, trilha política ou qualquer outra ideia vaga ou programática².

Nesse contexto, é o sentido jurídico que se quer trazer, de onde se depreende que “[...] regime importa no sistema ou modo de regular, por que as coisas, instituições ou pessoas se devam conduzir”³. Enfim, é algo que abrange indistintamente tudo o que estiver ao seu alcance. Acrescente-se, portanto, ao conceito: é conduzir coisas, pessoas e instituições de acordo com determinadas regras.

Por analogia, é válido citar os ensinamentos de Mello (2011, p. 53) a respeito do que o eminente publicista entende sobre regime jurídico-administrativo, o que permite traçar um paralelo entre os dois conceitos:

Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito. Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam *princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime*: o regime jurídico-administrativo. (Grifo nosso.)

Apesar de o conceito citado tratar de Direito Administrativo, pode-se concluir que regime jurídico – note que regime político não deixa de ser um regime jurídico aplicado à política – nada mais é do que um conjunto sistematizado de princípios e regras que guardam entre si relação lógica de coerência e de unidade, aplicáveis às instituições, às pessoas e às coisas sob o amparo a tal regime.

Delimitando mais o conceito, para trazê-lo especificamente para o sentido político, regime político é “[...] um complexo estrutural de

² Programática no sentido de indicar como algo deve ser no futuro, mas que não tenha a força de vincular e de estabelecer regras. Não se tem, nesse ponto, a intenção de afirmar que programático é algo vago, apesar de os termos terem sido colocados lado a lado.

³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Najib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.181.

princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da sociedade, que inspiram seu ordenamento jurídico"⁴. Em vista disso, o regime político é posto a orientar todo o ordenamento jurídico. Daí poder-se concluir que é basilar ao Direito no que tange à sua estrutura política. Faz parte da teoria do Estado, da teoria do Direito, do Direito Constitucional, da Ciência Política, dos direitos individuais, sociais, coletivos e políticos dos cidadãos. É, por óbvio, o pilar sobre o qual estão sedimentados os institutos políticos da sociedade.

Em termos mais práticos, afirma-se que regime político serve para resolver alguns problemas. Esses são problemas políticos que, basicamente, tratam da relação entre governantes e governados, não se restringindo apenas à estrutura do Estado, portanto. Percebe-se que, nessa relação, há algo a mais, como, por exemplo, o limite do poder dos governantes em relação aos governados, que se traduz em direitos individuais dos cidadãos de não terem sua vida privada invadida sem que haja motivo justo, de interesse público. Essa barreira que deve ser interposta entre o cidadão e o Estado também faz parte do regime. E é nesse sentido que se prossegue o estudo do regime político, buscando tudo o que faça referência a essa relação entre governantes e governados.

Dentre os problemas a serem resolvidos pelo regime político, encontram-se a autoridade dos governantes, a obediência ao governo, a forma de escolha dos governantes, a estrutura do governo e as limitações dos poderes dos governantes – tópicos que serão tratados pontualmente a seguir.

Então, é possível afirmar que regime político é a forma de conduzir pessoas, coisas e instituições de acordo com regras e princípios que constituem um sistema lógico e coerente com a finalidade de reger as relações entre governantes e governados.

3 Regime político brasileiro

O regime político do Estado brasileiro é formado a partir da Constituição Federal, que, em sua parte introdutória, define seus fundamentos

⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 124.

e objetivos, dentre os quais há diversos regramentos sobre o regime político adotado. São conceitos de forma de Estado, forma de governo, regime de governo, sistema de governo, soberania popular, apesar de o regime político não estar restrito a isso. Reunindo a maior parte desses conceitos, Silva (2006, p. 125) leciona que:

O regime brasileiro da Constituição de 1988 funda-se no princípio democrático. O preâmbulo e o art. 1º o enunciam de maneira insofismável. Só por aí se vê que a Constituição institui um Estado democrático de direito [...]. Trata-se assim de um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente.

Indo um pouco mais adiante, o regime político brasileiro, além de estar embasado na democracia, na soberania popular e no Estado de direito, também está no princípio federativo, no princípio republicano, na cidadania e, de certo modo, nos direitos e garantias individuais, como uma forma de limitação dos poderes do Estado em relação aos governados. Apesar de essa ideia já estar incluída no conceito de Estado de direito, deve ficar latente a limitação ao poder dos governantes.

O que se propõe, portanto, é discorrer sobre essas formas de resolver problemas políticos da sociedade, não sendo demasiado insistir que se falará sobre a autoridade dos governantes e sua obediência, a forma de escolha dos governantes, a estrutura do governo e as limitações dos poderes dos governantes.

4 Problemas a serem resolvidos pelo regime político e pelo regime político brasileiro

4.1 A autoridade dos governantes e a obediência ao governo

A autoridade dos governantes e a forma e motivo de como se deve ocorrer a obediência a essa autoridade, que se resume no exercício do poder por alguém que esteja autorizado a isso, são questões a serem resolvidas pelo regime político. Para sustentar tudo isso, é que a

República foi estabelecida como uma forma de governar e foi submetida ao princípio da legalidade, a fim de tornar legítimo o poder.

4.1.1 Forma de governo: República

Primeiramente, cumpre esclarecer que há diferenças entre forma de governo e forma de Estado. Enquanto a primeira diz respeito ao modo como os governantes sobem ao poder e como se dará sua relação com os governados, a segunda diz respeito a como está organizada a estrutura do Estado, atribuindo autonomia aos entes federativos. No ordenamento jurídico brasileiro, enquanto a primeira é a República, a segunda é a federação.

O primeiro dos conceitos e o mais básico, que deve estar claro, é o de República, que vem do latim *respublica*, de *res* (coisa, bem) e *publica*, forma feminina de *publicus* (público, comum) e que se refere originariamente à coisa comum ou ao bem comum, isto é, o que é de todos ou pertence a todos. Em consequência disso, na República, não se pode atribuir a titularidade do governo de modo que não seja a todos os cidadãos em conjunto, assim não há como atribuí-la a determinada família ou casta, retornando ao império. A coisa é pública, é de todos. E a *res* (coisa) é o governo. Por isso, esta “é uma forma peculiar que o homem concebeu para governar a *res publica* com responsabilidade em prol do povo. A *res publica* é de todos e para todos. Nessa forma de governo, o poder pertence a todo o povo, que será exercido por este ou por seus representantes”⁵.

Ao se tratar de um governo de todos, haverá aí um fundamento para a autoridade dos governantes, pois os cidadãos estão governando a si mesmos, ou seja, é um autogoverno. Apesar de o governo não ser mais exercido diretamente, ele continua sendo de todos, pois os governantes são escolhidos diretamente pela população para representá-la. Se o governo é de todos sobre todos, quem dirá, então, que o governo não é legítimo? Que não tem autoridade sobre os governados? É nesse sentido que o princípio republicano mune os governantes de autoridade e resolve um dos problemas que o regime político se propõe a solucionar.

⁵ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 540.

Na mesma linha de raciocínio, se o governo é de todos, deve-se zelar pelo princípio da igualdade, visto que não é possível imaginar um governo dessa qualidade que não garanta a participação igual de todos os que o integram, ainda que o integrem por representação, no sentido de que são representados pelos governantes que elegeram diretamente. Pois os motivos que fazem cada cidadão integrar o governo são os mesmos. Dessa maneira, não há classe dominante nem classe dominada. Por isso, pelo princípio da igualdade, “[...] a todos é dado participar do governo, sem que se imponham diferenças artificiais e injustificáveis como a origem social, a cor, o grau de instrução, a fortuna ou o nível intelectual”⁶. Todos são iguais perante a lei. É por esse motivo que o princípio da igualdade guarda profunda sintonia com o princípio republicano.

No que tange à República, podemos enxergá-la de um modo diferente, como se houvesse dois lados. Dir-se-ia, então, lado dos governantes e lado dos governados. O lado dos governados estaria todo acima, pois trataria de tudo o que é mais relacionado aos cidadãos: a noção de coisa pública, que é governada em prol do povo, que tem legitimidade em função da escolha direta dos representantes pelo povo – soberania popular – e que deve prestigiar o princípio da igualdade. O outro lado estaria logo abaixo, tratando dos assuntos mais diretamente relacionados aos governantes, como: prestação de contas, responsabilidade pelos seus atos de governo, temporariedade dos mandatos eletivos e representatividade dos governantes. Não se quer dizer que são lados opostos e estanques entre si, mas, sim, que, apenas didaticamente, essa visão facilita compreender o instituto.

Seguindo, então, para o lado dos governantes, pelo fato de eles estarem no comando de algo que não é seu, ou melhor, de algo que não é só seu, eles têm o dever de prestar contas do que andam a fazer. Não podem conduzir algo público sem transparecer aos governados – legítimos titulares da coisa pública – o que fazem, de modo que lhes impossibilite controlar a ação dos governantes.

Por conseguinte, o governo é exercido em proveito do povo e deve ser exercido de modo responsável, o que implica dizer que os governantes devem responder pelos atos decorrentes de seus mandatos. Logo, esses atos

⁶ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2011, p. 33.

têm o poder de gerar responsabilidade para eles. Assim, da mesma forma que um condômino responde perante o condomínio pelos prejuízos que cause à coisa comum, os governantes respondem perante os governados pelos danos que causem à coisa pública.

Outra característica marcante do princípio republicano é a temporariedade dos mandatos eletivos. Em função dela, os governantes não podem eternizar-se no poder, pois os mandatos têm duração certa. O poder não será algo que se passa de geração a geração dentro de uma mesma família ou classe social. Deve ser renovado pela vontade popular. Em que pese seja admitida a reeleição, isso não indica uma perenidade do governante, posto que, ainda assim, o tempo durante o qual se exerce o poder continua limitado.

Aspecto que também merece consideração é a representatividade dos governantes, que devem representar a sociedade que os elegeu, mas devem representá-la como um todo, e não apenas uma parte. Não é porque algum governante tenha sido eleito pela classe proletária ou pela classe patronal que ele deve representar apenas a classe que o elegeu. Eles são representantes do povo e assim deve ser feito. Não é admissível, portanto, que um governante represente menos do que o todo, menos do que toda a coletividade.

Por fim, juntando tudo em apenas algumas palavras, de modo a definir objetivamente o conceito de República, é correto dizer que "é uma forma de governo, fundada na igualdade formal entre as pessoas, na qual os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, de regra representativo, temporário e com responsabilidade"⁷. Igualmente, é digno de aplausos o conceito a seguir sobre forma de governo republicana:

[...] não é apenas a coexistência dos três poderes, indispensáveis em todos os governos constitucionais, mas, sim, a condição de que, sobre existirem os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os dois primeiros derivem, realmente, de eleições populares. Isso significa que a forma republicana implica a necessidade de legitimidade popular do presidente

⁷ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 540.

da República, governadores de estado e prefeitos municipais, a existência de assembleias e câmaras populares nas três órbitas de governos da República federativa, eleições periódicas por tempo limitado que se traduz na temporariedade dos mandatos eletivos e, conseqüentemente, não vitaliciedade dos cargos políticos, prestação de contas da administração pública⁸.

Portanto, República é uma forma de governar em que o governo é considerado como coisa pública – é de todos e exercido em favor de todos –, em que impera a soberania popular, único meio pelo qual os representantes chegam ao poder, o que lhes dá legitimidade para governar. Deve ser pautada rigorosamente pelo princípio da igualdade, visto que os motivos pelos quais cada governante e cada governado integram a República são os mesmos. Ademais, em função de o governo ser de todos, os governantes encontram algumas limitações ao exercício dessa função pública, como o dever de prestação de contas, a responsabilidade pessoal pelos atos de governo e a temporariedade e representatividade de seus mandatos.

4.1.2 Legitimidade e legalidade

Inicia-se este tópico com breve ponderação sobre o que é legitimidade:

Quando entramos a fazer reflexões acerca das razões que regem a necessidade ou inevitabilidade do poder político na sociedade, e indagamos porque uns obedecem e outros mandam, ou figuramos o caráter de permanência ou temporariedade do poder estatal como ordem coativa, estamos na verdade levantando proposições de cunho filosófico pertinentes à legitimidade do poder [...]⁹

Esse é o sentimento que se deve ter ao iniciar o estudo sobre legitimidade. Indagar se o poder é legítimo é o mesmo que buscar saber o motivo por que lhe obedecemos. Obedecer sempre é uma

⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pp. 103-104.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 115.

característica, mas indaga-se, ao menos, o porquê disso. Por que obedecemos? “Na Idade Média, essa crença-suporte da legitimidade foi Deus, a religião, o sobrenatural, ao passo que contemporaneamente ela vem sendo o povo, a democracia, o consentimento dos cidadãos, e a adesão dos governos”¹⁰, como também “já não existe um ser divino a quem se possa ligar o direito de exercer a autoridade estatal, de sorte a legitimá-la. É o próprio povo, soberano, que se governa”¹¹.

Entretanto, é possível delimitar ainda mais a natureza jurídica da legitimidade. Ela está na lei, não há como ser diferente em um país onde vigora o princípio da legalidade. Pergunta-se, então, onde ficam o povo, a democracia e o governo, no que tange à questão da legitimidade? Ora, eles são a forma de se fazer isso. A legitimidade parte da lei! O povo, a democracia e o governo – consequentemente a forma de governar, a República – são, não menos importantes, os instrumentos para permitir que as leis sejam criadas e executadas de modo aceitável e, por que não, de modo legítimo. Pois o governo é das leis e não do homem. Adaptando o art. 32, do capítulo II, da Constituição Francesa de 1791 à nossa realidade, pode-se afirmar que não há autoridade superior à da lei, os governantes não governam senão em virtude dela e é unicamente em nome da lei que se poderá exigir obediência.

Por que, então, a lei deve ser obedecida? Porque ela é criada pelos representantes de todo o povo e, *mutatis mutandi*, considera-se como se cada um deles tivesse participado e a criado. É o povo ditando normas a si mesmo. Todos em conjunto decidem o que é melhor para a sociedade, e essa vontade deve ser respeitada. Daí que surge o princípio da legalidade. Não é mais possível ser como antigamente, quando as classes dominantes afirmavam que o fundamento do poder era a divindade, a religião, as forças sagradas, as tradições, etc. Hoje o governo é de todos e está fundado na legalidade.

A legalidade serve, à vista disso, para dar a certeza aos governados de que o poder está limitado à lei, de que a atividade do Estado não pode ultrapassá-la. Elimina o temor de que os governantes possam agir arbitrariamente, pois estão adstritos ao princípio da legalidade. É por esse motivo que se pode confiar o poder a um de nós, pois o poder é

¹⁰ Idem, p. 120.

¹¹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2011, p. 33.

exercido em nome de todos e nos moldes da lei. É com esse sentido que Bonavides (202, p. 112) emprega o termo legalidade, ao dizer que são regras permanentes e válidas que podem “abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição [...]”.

A ideia é de que, ao falar de legitimidade, a legalidade esteja ao lado, e de que os dois princípios andem sempre juntos. Para que haja legitimidade, deve haver legalidade e vice-versa. Um será consequência do outro. O governo legítimo será legal, e o governo legal será legítimo. Para que o governo seja legítimo, deve estar submetido às suas próprias regras e, para que seja legal, deve estar legitimado na vontade popular. Legítimo, portanto, é transmitir o poder conforme a lei.

4.2 A forma de escolha dos governantes

É por causa da democracia que hoje temos a necessidade de eleger representantes. Esse é um regime de governo que traz um ideal de participação popular e, em função disso, é dado aos cidadãos escolher seus governantes para representá-los. E o fundamento de tudo vem da soberania popular. Contudo, ao falar de democracia, não será esgotado todo o conteúdo, pois o ponto a que se quer chegar é apenas o porquê da escolha dos governantes e a forma como isso acontece. Logo, esse é o problema político a que se reporta: forma de escolha dos governantes.

4.2.1 Regime de governo: democracia

Não seria necessário mais do que a frase de Abraham Lincoln para resumir democracia: “Governo do povo, pelo povo e para o povo”. Já seria possível terminar este tópico, pois a ideia de democracia já teria sido passada. Não obstante, esse é um conceito bastante sutil para se expor, pois abrange significativa quantidade de direitos e deveres dos cidadãos. O conceito recebe, também, fundamento constitucional no momento em que o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal

dispõe que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

Seguindo adiante com a etimologia da palavra, deriva do grego *demos* e *kratia*, sendo que *demos* significa povo, e *kratia*, governo. Ratificando, portanto, que se trata de governo do povo. Para Cerqueira (2011, p. 69), “democracia, primeiro, é o poder do povo (*of the people*) de se auto-governar.” Já para Silva (2006, p. 126), democracia é um “[...] processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais [...]”. Nesse contexto, adverte-se que é de extremada importância a participação do povo nesse regime de governo.

A democracia, na sua forma original, era procedida em praça pública, onde todos participavam e decidiam juntos. Contudo, a realidade de hoje não nos permite mais que se proceda dessa forma, em função do tamanho da população e da quantidade e complexidade dos assuntos. Aquela era a democracia direta, em que não havia intermediários entre o poder e o exercício dele. Os cidadãos o exerciam diretamente por meio de suas opiniões externadas em praça pública, juntamente com todos os demais. Conforme as coisas foram mudando, sentiu-se a necessidade de encontrar uma solução para que a voz do povo continuasse a definir os rumos políticos da sociedade de que faz parte.

O problema que nascia era o aumento exagerado do número de pessoas, o que já não permitia mais que todos pudessem se expressar. Porém, governar de costas para o cidadão não era algo que se admitia. O direito já havia sido conquistado e não se poderia mais abrir mão dele. Dessa forma, era preciso achar a solução para que a voz do povo fosse levada adiante.

Como não era mais possível reunir todos em um mesmo local, a solução encontrada foi que se enviassem representantes para fazer com que a voz do povo, pelo menos, ecoasse nas tribunas do parlamento. Ou seja, apesar de não ser mais a voz do povo, é alguém que o representa e diz em nome dele o que deve ser dito. À sombra de uma visão bastante utópica, é possível dizer que a vontade do representante é a vontade do povo.

Por esse motivo, foi criada a democracia indireta, em que o povo não se articula diretamente no governo, mas escolhe alguns representantes

que, por sua vez, levam a mensagem do povo. Contudo, nem sempre isso é o que se percebe na atuação dos governantes, pois:

Na democracia representativa tudo se passa como se o povo realmente governasse; há, portanto, a presunção ou ficção de que a vontade representativa é a mesma vontade popular, ou seja, aquilo que os representantes querem vem a ser legitimamente aquilo que o povo haveria de querer, se pudesse governar pessoalmente, materialmente, com as próprias mãos. [...] O poder é do povo, mas o governo é dos representantes, em nome do povo: eis aí toda a verdade e essência da democracia representativa¹².

De toda forma, era a esse ponto que se pretendia chegar. Se é necessário enviar representantes, é preciso escolhê-los. É nesse aspecto que a democracia influencia a forma de escolha dos governantes. Da mesma forma que, antigamente, não havia intermediários entre o povo e o exercício do poder – o que não é mais possível –, hoje não deve haver intermediários entre o povo e a escolha de seus representantes. Isso é o que chamamos de eleições diretas, tão defendidas pelas manifestações: “Diretas já!”. Nesse modelo, o povo escolhe diretamente seus representantes, depositando seu voto nas urnas.

Há, também, a democracia semidireta, adotada pelo Estado brasileiro, pela qual “[...] a alienação política da vontade popular faz-se apenas parcialmente”¹³, pois ao povo ainda é dado opinar diretamente em determinados assuntos por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei. Quanto aos demais aspectos, tudo funciona igualmente à democracia indireta, inclusive quanto à escolha dos governantes, motivo pelo qual não será explorada neste tópico.

Apesar de o conceito completo de democracia não ser o fator determinante para este tópico, visto que o objetivo é tratar da escolha dos governantes, é importante que se saiba o todo, pois a democracia integra naturalmente o conjunto de normas do regime político brasileiro. Por conta disso, cita-se o seguinte trecho, que, apesar de ser bastante longo, é considerado um dos mais completos sobre o assunto:

Note-se, todavia, que na ampla extensão semântica que lhe foi incorporada, a ideia de democracia não se circunscreve

¹² BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 274-275.

¹³ Idem, p. 275.

aos direitos políticos. Não se presta apenas a indicar a participação popular no governo ou a detenção do poder soberano pelo povo. Ou seja: não se limita a definir uma forma de governo na qual é assegurada a participação do povo, seja para constituí-lo, seja para indicar os rumos a serem seguidos pela nação. Para além disso, abarca também os direitos civis, individuais, sociais e econômicos. Assim, a democracia é compreendida nos planos político (participação na formação da vontade estatal), social (acesso a benefícios sociais e políticas públicas) e econômico (participação nos frutos da riqueza nacional, com acesso a bens e produtos); além disso, dá ensejo à organização de um sistema protetivo de direitos humanos e fundamentais. Na base desse regime encontra-se uma exigência ética da maior relevância, que é o respeito à dignidade da pessoa humana. Isso implica promover a cidadania em seu sentido mais amplo, assegurando a vida digna, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, o devido processo legal, os direitos individuais, sociais, econômicos, coletivos, os direitos políticos, entre outros¹⁴.

Deve estar claro, portanto, que a forma de escolher os governantes está diretamente relacionada ao conceito de democracia, a partir do momento em que foi necessário escolher representantes para a atuação política.

4.2.2 Soberania popular

Paralelamente à democracia, anda a soberania popular. A princípio, soberania popular pode ser traduzida em vontade geral do povo. Portanto, não se concebe uma democracia em que não haja soberania popular, ou um governo do povo, pelo povo e para o povo em que a população não tenha voz. Soberania popular integra o conceito de democracia. São institutos totalmente dependentes, pois um não pode existir onde o outro também não exista. Os conceitos estão tão ligados que um serviu de fundamento ao outro: “A concepção da soberania popular [...] teve a máxima influência no desdobramento ulterior das ideias democráticas, nomeadamente no que diz respeito à progressiva universalização do sufrágio [...]”¹⁵. Ou seja, criou-se a democracia, pensando-se na soberania popular.

¹⁴ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2011, p. 34.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 131.

Contudo, a soberania popular não é apenas a vontade geral do povo, pois ela pode apenas existir e nada mais. Aliás, assevera-se, com toda a certeza, que ela sempre existirá, ainda no governo mais déspota. Não se diria que o povo não tem vontade apenas porque está submetido a um governo arbitrário. A diferença, então, é que, quando se trata de soberania popular, essa vontade geral será levada a efeito. Cumprir-se-á a vontade do povo e ela dará a palavra final. Depois dela, não haverá outra para desdizer ou, sequer, para confirmar. Não estará submetida a mais nada.

Passa-se, portanto, ao conceito, propriamente dito, de soberania popular, pois, até agora, o que se sabe é que a vontade popular deve prevalecer. Para tanto, considerem-se os ensinamentos de Rousseau:

Suponhamos o Estado composto de dez mil cidadãos; só coletivamente e como um corpo se pode considerar o soberano, mas cada particular em qualidade de vassalo é considerado indivíduo; assim o soberano é ao vassalo como dez mil a um, quero dizer, cada membro do Estado, no tocante a si, tem só a décima milésima parte da autoridade soberana, ainda que ele lhe seja submetido inteiramente¹⁶.

Logicamente, o conceito acima precisa ser adaptado à realidade atual. Não deixa, porém, de ser o mais acertado sobre o assunto. Ora, a vontade do povo em um Estado com dez mil cidadãos é a vontade dos dez mil. Um número menor do que esse não satisfaz. A vontade de 9.999 pessoas não será geral. Portanto, o grande peso da soberania só será atingido com a vontade de todos, sem exceções. Rigorosamente, poder-se-ia comparar a vontade geral com aquelas coisas que não comportam um meio termo. Não se quer dizer, entretanto, que sempre haverá unanimidade, mas que a vontade de todos deve ser considerada, levada em conta. Nesse exemplo, a vontade geral está para a vontade individual assim como dez mil estão para um. E, arrematando a paráfrase, cada cidadão detém apenas a décima milésima parte da soberania, que não pode ser considerada individualmente ou com menos pessoas do que todo o restante. O cidadão, individualmente considerado, nada exerce de soberania.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 61.

O governo se mantém em movimento, não é inerte. Logo, cotidianamente, é preciso criar, decidir, normatizar e retirar normas, o que pode ser resumido em atos de soberania ou em atos que dependem da soberania – da vontade geral – para serem válidos. “Que é, pois, rigorosamente um ato de soberania? Não é uma convenção do superior com o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros”¹⁷. Não é uma relação de mando, sim um acordo.

Soberania popular, portanto, é o que legitima os cidadãos a escolherem seus governantes, dando poder de voto igual para todos. É em função dela que não pode haver intermediários entre o povo e a escolha dos representantes, conforme mencionado no tópico anterior.

4.3 A estrutura do governo

A estrutura do governo é a parte fixa do Estado, na qual os governantes – parte móvel – alocam-se para governar. Essa estrutura é a forma como o Estado se organiza para receber seus governantes. É nela que se definem quantos serão os governantes, quais serão as áreas sob sua responsabilidade, o que cada um pode fazer e quais são suas limitações. Induvidosamente, faz parte dos problemas incumbidos ao regime político. Não há como falar de regime político brasileiro sem falar de estrutura do Estado.

4.3.1 Forma de Estado: federativa

Pelos mesmos motivos que a democracia direta praticamente foi extinta, dando lugar à democracia indireta, organizou-se o Estado a fim de que fosse possível governá-lo. O Estado brasileiro é organizado em forma de federação e é por meio dela que se subdivide o país em vários entes político-administrativos, quais sejam: a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, todos dotados de autonomia, e um deles, em especial, de soberania. Nesse modelo de Estado, “[...] há um governo central (ordem jurídica central) e vários governos locais (ordens jurídicas parciais), todos exercendo, em condições de igualdade e com fundamento imediato na

¹⁷ Idem, p. 41.

Constituição, o poder político”¹⁸. Deve ficar latente a ideia de que eles exercem o poder em condições de igualdade, motivo pelo qual um ente político não pode prevalecer sobre outro. Isso ajudará a entender a repartição de competências logo adiante.

Em um país de dimensões territoriais como o Brasil, é inviável que haja apenas o governo central. É nesse sentido que se criaram os governos locais, para que o Estado esteja mais próximo de sua população. Assuntos como parcelamento do solo e transporte coletivo local não poderiam ocupar a mesa do governo federal, ao tempo em que ele precisa decidir assuntos como emissão de moeda, fiscalização da produção e do comércio de materiais bélicos, administração de reservas cambiais do país, etc. É uma necessidade natural que, à proporção do tamanho do território e da população, haja mais ou menos governos locais.

Dentre os tópicos relevantes a seguir, estão os conceitos de autonomia, de capacidade política, de simetria constitucional, de indissolubilidade da federação, de repartição de competências, de Estado federal na ordem interna e externa e de soberania. Acredita-se, com o desenvolvimento desses tópicos, poder passar ao menos noções básicas sobre federação.

Repare que governar não é o mesmo que administrar. Interessa-nos esse ponto, pois, a partir dessa diferença, percebe-se mais acertadamente o significado de autonomia política. Fala-se aqui em administração pública, que é um contrassenso à administração privada. Na administração pública, o gestor atua estritamente de acordo com a lei, tendo poderes para pô-la em movimento, o que pressupõe receber dotações orçamentárias, promover licitações públicas para adquirir bens e serviços no mercado, criar atos administrativos, obrigando particulares a atuar de determinada forma, e uma série de outros atos inerentes à gestão pública. Todavia, ao administrador público não é ofertada a fonte disso tudo, não lhe é ofertado criar a lei! É por meio dela que se cria algo novo, que se inova no meio jurídico. O administrador apenas pode ir até onde a lei o permite e por aí deve parar. Ele administra; não governa.

Governar requer autonomia! É o que acontece com os entes federativos: eles, sim, têm autonomia política. Por meio deles governa-se,

¹⁸ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 537.

legisla-se, é possível inovar na ordem jurídica, o que não indica, porém, ausência de limites. Deve-se – sempre – observar a simetria constitucional e a indissolubilidade da federação.

Tratou-se, aqui, de discorrer sobre uma forma de organizar o Estado. Portanto, apesar de os governos locais terem autonomia, eles continuam fazendo parte da federação e dela não podem se distanciar. Cada governo local é considerado como uma parte do todo. Não fosse assim, poderiam atuar de modo independente, como se fossem outro país ou como se estivessem sozinhos. Nesse sentido, uma das características da ordem federal é ser limitadora da atuação dos governos locais, o que acontece por meio da simetria constitucional e da vedação à secessão.

É com fundamento na simetria constitucional que a Lei Maior impõe barreira intransponível aos estados-membros, definindo princípios básicos que obrigatoriamente deverão ser respeitados quando da edição de suas normas locais. Assim, eles estão limitados nesse aspecto, podendo editar apenas normas que estejam de acordo com a Constituição Federal. Em outras palavras, falando sobre a autonomia dos governos locais:

Podem estas livremente estatuir uma ordem constitucional própria, estabelecer a competência dos três poderes que habitualmente integram o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e exercer desembaraçadamente todos aqueles poderes que decorrem da natureza mesma do sistema federativo, desde que tudo se faça na estrita observância dos princípios básicos da Constituição Federal¹⁹.

Outro ponto marcadamente limitador da autonomia dos estados é a indissolubilidade. Note que autonomia não é independência! Por esse motivo, eles devem permanecer juntos, integrando a federação, sendo-lhes vedado o poder de se separar do todo. Nos termos literais da Constituição, a federação é formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal (art. 1º, CF/1988). Isso indica que os entes federativos não têm o poder de optar se continuam ou não fazendo parte da federação, pois eles integram um conjunto de entes que

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 181.

estão indissolúvelmente ligados uns aos outros. A indissolubilidade da federação implica a vedação à secessão por parte dos estados-membros, o que revela estarem expressamente proibidos de se apartarem do todo.

Repise-se: os entes federativos são autônomos porque podem legislar. Capacidade política é legislar. Os dois conceitos andam juntos, ou melhor, o primeiro é mais amplo que o segundo, logo, é perfeitamente possível afirmar que legislar está dentro do conceito de capacidade política. A doutrina segue conceituando: “E por capacidade política entende-se a possibilidade de produzir normas sobre assuntos de sua competência”²⁰. E, no mesmo sentido: “Apresenta-se, pois, como um Estado que [...] é constituído por estados-membros dotados de autonomia, notadamente quanto ao exercício de capacidade normativa sobre matérias reservadas à sua competência”²¹. Os estados legislam autonomamente, desde que dentro de suas competências.

Ao se falar sobre competências legislativas, a primeira ideia vinda à mente deve ser a de igualdade entre os entes federativos. Assim como todas as pessoas são iguais perante a lei, todos os entes federativos são iguais perante a federação. “O Brasil, portanto, é um Estado federal, em que a União, os estados-membros e os municípios, todos igualmente autônomos, ocupam, juridicamente, o mesmo plano hierárquico, devendo, por conseguinte, receber tratamento jurídico-formal isonômico”²². Ora, se há igualdade, um ente não pode prevalecer sobre o outro em nenhum aspecto. Assim, não haverá ingerência de um nos assuntos do outro. Um não poderá determinar ao outro o que deve ser feito, quando deve ser feito, ou quais são as prioridades. Cada um tem sua área de atuação rigidamente estabelecida pela Carta Magna. Ou é da competência do ente ou não é da competência. Não existe meio termo.

A repartição das competências está rigorosamente definida na CF/1988, logo, cada ente tem as suas. Pode-se imaginá-las como conjuntos matemáticos, entre os quais não há intersecção. Do mesmo modo que, na matemática, separaríamos em conjuntos A, B, C, etc., aqui separaríamos em conjuntos de competências da União, dos

²⁰ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 537.

²¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 101.

²² CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 539.

estados-membros, dos municípios e do Distrito Federal. Não há sobreposição entre eles. Onde terminam as competências de um, começam as de outro. Inclusive, não deve haver conflitos de competências por dois motivos. Primeiro, porque cada competência está atribuída a apenas um ente, ou seja, as competências nunca figurarão em mais de um conjunto ao mesmo tempo. Segundo, em razão de os estados-membros terem recebido competência residual, pela qual a eles é atribuído tudo o que não for da União nem dos municípios. Portanto, o rol das competências desses dois entes é taxativo: ali devem constar todas as hipóteses. Ao contrário das competências dos estados, visto que será deles tudo o que estiver fora da competência dos outros dois. Dessa forma, na repartição de competências, não haverá sobreposições nem espaços vazios.

Sobre o Estado federal, é importante destacar que é “[...] unidade relativa a todo o espaço geográfico sobre o qual assenta seu sistema de organização jurídica”²³. Corresponde à área de todo o país, não deixando um município sequer de fora de sua circunscrição.

Na ordem interna, o Estado federal sobremodo tem posição privilegiada em relação aos demais entes, o que não desconstitui a igualdade relatada há pouco. É apenas sua posição. Não é privilegiado porque prevalece em relação aos demais, mas porque atua fisicamente sobre todos os outros. Fisicamente porque as competências já estão definidas na Constituição e, em função disso, os assuntos de interesse local serão normatizados pelos municípios, os de interesse regional, pelos estados-membros e os de interesse federal, pelo Estado federal.

O resultado é que uma norma federal deve ser respeitada por todos os cidadãos. Todavia, o Estado federal, sozinho, não tem poder para desfazer o pacto federativo, reorganizar estados-membros e municípios, obrigar outros entes ao que a Constituição Federal não obrigou e assim por diante. Apenas legisla normas de interesse de todos e tem atuação em todo o território nacional. Suas normas não são melhores ou prevalecem sobre as dos demais; apenas tratam de assuntos de interesse federal – ou seja, não são de interesse local nem regional – e são direcionadas apenas às pessoas, que vivem dentro dos entes federativos. Nesse contexto, o Estado federal apenas legisla para os cidadãos, e não para os demais entes federativos. Em razão disso, atua apenas

²³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 183.

fisicamente dentro dos demais entes ou, a contrário senso, não atua politicamente dentro dos demais entes federativos. Sua capacidade política não é em relação aos outros entes, é em relação à população.

Já na ordem externa, o Estado federal está munido de soberania, que lhe dá o atributo de ser o único sujeito de direitos na ordem internacional. A quem olha por fora só é possível avistar uma pessoa de direito internacional, o Brasil. As relações institucionais de nosso país com outros países só podem ser firmadas pelo Estado federal, como, por exemplo, tratados internacionais. Não se pode nem ao menos imaginar outro ente da federação firmando tratado internacional com países afora. Seria uma aberração jurídica, seria passar certidão de óbito ao pacto federativo. Pelo contrário, de nada teria servido toda a organização do Estado, caso todos os entes pudessem atuar de modo independente, como se um país fossem. Entretanto, isso não indica que os demais entes federativos não podem ter algum tipo de relação internacional, são-lhes vedadas apenas relações institucionais, e não relações negociais. É perfeitamente possível que um estado-membro realize licitação pública internacional ou que tome empréstimo em banco internacional. Todavia, esse tipo de relação não é objeto de nosso estudo. A federação, portanto, pode ser comparada a uma casa que, ao ser olhada por fora, é visível apenas o todo, mas que, ao ser olhada por dentro, avistam-se suas subdivisões, os cômodos. O Estado federal estaria para a casa assim como os demais entes federativos estariam para os cômodos. Então, simplesmente, soberania é a capacidade que o Estado tem para firmar compromissos internacionais, institucionalmente falando, com os demais países.

De modo objetivo, o Estado federal pode ser visto por duas ordens: pela ordem interna e pela ordem externa. Cunha Júnior (2012, p. 537), falando sobre federalismo e soberania, assevera que:

O cerne do federalismo, portanto, repousa na autonomia das entidades que compõem o Estado federal, pois somente este detém o poder soberano, que é um poder supremo e independente. É supremo na ordem interna, porque inexistente qualquer outro que lhe sobrepaire. É independente na ordem externa, porque é igual aos outros poderes soberanos de outros Estados.

A federação é a forma de organização de Estado adotada pelo Brasil. É por meio dela que se permite entender o funcionamento do Estado

e sua divisão política. Esse modelo de organização tem como consequência a descentralização política do Estado, para aproximá-lo de sua população. Resolve, de toda forma, o problema a que o regime político se propõe a responder, definindo a estrutura do Estado.

4.4 As limitações dos poderes dos governantes

Não é objetivo do presente artigo tratar da limitação que um poder do Estado gera sobre os outros, quando no exercício de suas funções típicas (executiva, legislativa e judiciária), mas sobre a limitação dos poderes em relação ao povo. O assunto é a limitação do poder dos governantes em relação aos governados, quando do exercício de suas funções.

4.4.1 Estado de direito e garantias constitucionais

O Estado de direito foi concebido para manter a atividade estatal sob controle, limitando-a em relação aos direitos de seu povo. Não prospera a alegação de que o Estado simplesmente manda e o povo obedece, pois estamos em um Estado democrático de direito, onde “[...] as estruturas estatais devem pautar-se pelos critérios do Direito, e não pelos da força, prepotência ou do arbítrio”²⁴. Nesse sentido, o governo há de encontrar limites, pois não poderá invadir indevidamente os direitos dos cidadãos. Para tanto, embasou-se o estudo nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 49), segundo o qual “ninguém ignora que o Estado de direito é um gigantesco projeto político, jurisdicizado, de contenção do poder e de proclamação da igualdade de todos os homens.” No Estado de direito, portanto, o poder limita a si mesmo, pois esse não é o governo dos homens, é o das leis. Limita a si mesmo porque as leis devem ser respeitadas tanto pelo povo quanto pelo Estado.

A obrigatoriedade das leis não dispensa nem o Estado de cumpri-las. Em decorrência disso, responsabilizam-se o Estado e seus agentes públicos e políticos por quaisquer de seus atos que infrinjam as leis, submetendo-os imparcialmente ao Poder Judiciário. O Estado de direito, portanto, “é aquele que se submete às normas por ele próprio criadas.

²⁴ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2011, p. 37.

É aquele que respeita os direitos e garantias fundamentais, individuais, políticos, sociais e coletivos”²⁵. É dessa forma que o povo tem a segurança de que o Estado não agirá arbitrariamente contra ele.

Paralelamente ao conceito de Estado de direito, anda o de garantias constitucionais, porém deve-se observá-lo de modo mais abrangente, porque, nesse caso, o objetivo é expressá-lo como garantidor do regime político, e não dos direitos individuais:

“Há, ainda, um conceito mais amplo de garantia constitucional: ‘meios predispostos para assegurar a observância, e, portanto, a conservação, de um determinado ordenamento constitucional’. Mas aqui já não se trata mais de garantia dos direitos fundamentais, mas de defesa de dado regime político constitucional [...]”²⁶

Igualmente, o conceito, propriamente dito, de garantias constitucionais, diga-se de passagem, traz a ideia de que o Estado se encontra limitado, como se observa a seguir: “As garantias constitucionais em conjunto caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do poder público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais”²⁷. Essa é a barreira das garantias individuais interposta entre o cidadão e o Estado, para resguardar aqueles dos arbítrios desse.

Dessa forma, temos um Estado de direito e garantista que, além de se submeter às leis por ele criadas, deve garantir que elas sejam aplicadas. Em vista disso, o próprio Estado garante a eficácia da lei, inclusive, contra si mesmo, por meio de um Poder Judiciário independente e imparcial. Tal avanço jurídico é que caracteriza o Brasil como um Estado de terceira geração: “O Estado social brasileiro é, portanto de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante”²⁸.

²⁵ Idem, p. 38.

²⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 188.

²⁷ Idem, p. 189.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 385.

À clara evidência, o Estado de direito e as garantias constitucionais são formas de limitar o poder dos governantes sobre o povo. Por esse motivo, faz-se com que eles constem do conceito de regime político brasileiro.

5 Conclusão

Regime político brasileiro, portanto, é um conceito bastante amplo sobre a atividade de governar: envolve desde a forma do Estado até as limitações dos governantes. A ele é atribuída a missão de resolver diversos problemas políticos que assolam o povo, não que o Estado funcione da exata maneira proposta pelas normas e pela doutrina, mas que, ao menos, deveria funcionar. O ideal era que tudo funcionasse perfeitamente, mas nem por isso se abrirá mão de editar normas para que sejam cumpridas, nem de ensinar como deveria ser o Estado.

Nesse momento, é possível enxergar que, por detrás de cada conceito apresentado, há uma enorme carga semântica, em que se pressupõe uma série de direitos e obrigações, de relações entre governantes e governados, entre governantes e Estado e entre Estado e seus próprios entes.

Se nos fosse dado o poder de sintetizar as páginas acima em apenas uma frase, colocaríamos o que consta do art. 1º da Constituição Federal: a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de direito. Na sequência, a maior parte de todos os conceitos sobre regime político brasileiro que estão expressos no Preâmbulo e no Título I da CF/1988, além de outros artigos espalhados ao longo do texto constitucional.

Importa-nos, entretanto, tudo o que faça referência aos problemas políticos que um governo precise resolver, assim, de modo algum, pretendeu-se esgotar todo o conteúdo a respeito de regime político brasileiro. Seria necessária uma obra completa sobre teoria do Estado, Direito Constitucional e Ciência Política. Porém, acredita-se ter relatado grande parte dos princípios e normas aplicáveis ao regime político brasileiro.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito Eleitoral esquematizado*. Coord.: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

POSTULADOS TEÓRICOS PARA A DIFERENCIAÇÃO ENTRE ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO¹

WALBER DE MOURA AGRA

Walber de Moura Agra. Mestre pela UFPE, doutor pela UFPE/ Università degli Studi di Firenze; Pós-doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV. Visiting Research Scholar of Cardozo Law School. Professor visitante da Università degli Studi di Lecce. Professor visitante da Université Montesquieu Bordeaux IV. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Membro correspondente do Centre d'Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des Pays en Développement. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado de Pernambuco. Ex-vice-diretor da Escola Judiciária do Tribunal Superior Eleitoral. Advogado.

Resumo

Abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio são conceitos tipológicos que guardam diferenças e similitudes. A busca das

¹ Artigo recebido em 28 de janeiro de 2013 e aceito para publicação em 4 de fevereiro de 2013.

diferenciações entre tais conceitos da seara eleitoral se justifica na medida em que, apesar de não serem ontologicamente diversos, apresentam peculiaridades que acarretam graves consequências jurídicas. Portanto, o presente artigo tem por objetivo confeccionar cânones que possam servir para traçar as diferenças entre os dois institutos, impedindo que a sua utilização inadequada possa servir de acinte ao ordenamento jurídico, e incentivar que o Judiciário impeça as tentativas de transformá-lo em um órgão cerceador da vontade popular.

Palavras-chave: Abuso de poder econômico. Captação ilícita de sufrágio. Eleições. Compra de voto.

Abstract

The abuse of economic power and the licit obtaining of suffrage are typological concepts which hold differences and similarities. The seeking of such differences within the electoral world is justified because, although not being ontologically diverse, they present peculiarities that lead to serious juridical consequences. This article seeks to make canons which can be used to draw the differences between the two institutions, preventing that its inadequate utilization serve as a threatening of juridical ordinance, and support the judiciary to stop attempts of making it an organ of restricting popular will.

Keywords: Abuse of economic power. Licit obtaining of suffrage. Elections. Vote bribes.

1 Prolegômenos

A finalidade das presentes linhas é tecer *standards* teóricos para que se possa tentar perscrutar as diferenças e similitudes entre o abuso de poder econômico e a captação ilícita de sufrágio. A busca das diferenciações entre essas duas *fattispecie* da seara eleitoral se justifica na medida em que, apesar de não serem ontologicamente diversas, apresentam peculiaridades que acarretam graves consequências jurídicas. Infelizmente, pululam decisões judiciais e trabalhos doutrinários em que as duas tipificações são confundidas, fazendo com que o mesmo

fato jurídico possa ser enquadrado ora como exemplo de um, ora como de outro.

Em hipótese alguma o abuso de poder econômico pode ser confundido com a captação ilícita de sufrágio. Eles surgem de fatos jurídicos predeterminados normativamente, ainda que imbuídos de conceitos vagos, de caráter principiológico, que guardam similitudes, principalmente no desiderato de evitar estorvos à vontade do eleitor. A falta de nitidez entre as duas situações abstratas resulta que alguns radicais de uma podem ser imputados à outra, desde que as situações sejam repetidas. Todavia, o sentido deontológico de uma correta operação de subsunção tem seu fator teleológico em evitar injustiças, haja vista que, para a formalização de cada um, se exigem requisitos diferentes, impedindo que haja enquadramentos aleatórios.

O abuso de poder político também pode ser confundido com a captação ilícita de sufrágio, entretanto, seguindo a divisão epistemológica do presente trabalho, apenas as diferenciações entre abuso de poder econômico e o art. 41-A serão analisadas.

Portanto, a finalidade vislumbrada será intentar a confecção de cânones que possam servir para traçar as diferenças entre os dois institutos, impedindo que a sua utilização trôpega possa servir de acinte ao ordenamento jurídico e incentivar que o Judiciário possa obnubilar aquelas tentativas de transformá-lo em um órgão cerceador da vontade popular.

2 Dificuldades de conceituação

Como fora mencionado alhures, por existir uma zona cinza em que essas duas *fattispecie* se interpenetram, podendo ser impugnadas com uma mesma ação eleitoral específica, existem dificuldades para vislumbrar as diferenças entre elas. Por essa razão, o objetivo fulcral do presente texto é tentar delinear essas dissimetrias. Mesmo apresentando uma zona de cópula normativa, parafraseando a linguagem luhmanniana, as duas hipóteses normativas não são iguais, e os equívocos provocados em sua individualização provocam consequências jurídicas indeléveis.

Essa zona de interpenetração tem sua gênese porque os dois esquadros jurídicos trazem o fator teleológico de garantir a paridade de armas do processo eleitoral, a igualdade de oportunidade dos candidatos participantes do pleito, impedindo que a utilização de demasiados recursos materiais ou a “compra de votos” possa desequilibrar o resultado das eleições em favor da elite dominante. Por essa razão, seus âmbitos de incidência se interpenetram em vários aspectos.

Apresenta-se como axioma que a finalidade do voto não pode ser deturpada, pois ocasiona uma incompatibilidade com a essência dos ideais democráticos que exprimem a ideia de que as diretrizes políticas da sociedade são tomadas pela própria população. Quando da utilização dessas duas figuras típicas, torna-se clara a manipulação dos eleitores e a mitigação da sua liberdade de sufrágio, pois deixam de votar no candidato mais apto a conduzir a coisa pública em troca de alguma benesse.

O âmbito de incidência da captação ilícita de sufrágio é determinado por quatro núcleos verbais: doar, oferecer, prometer e entregar. Não que esses núcleos sejam regras que não deixem dúvidas no fenômeno da subsunção, haja vista que, segundo a teórica concretista de Müller (2008, p. 143), entre o texto normativo e sua concretização fática existe uma ampla seara de permissão ao trabalho do hermeneuta; todavia, sua explicitação textual fornece um seguro ponto de partida para o início da exegese. A questão reside em que esses mesmos quatro núcleos verbais, dependendo da circunstância fática, de sua extensão e da gravidade, podem ser considerados também como requisitos suficientes para a configuração de abuso de poder econômico.

Com relação ao âmbito de incidência do abuso de poder econômico, a legislação eleitoral brasileira em nenhum momento tenta sua conceituação, deixando clarividente ostentar este a natureza de um princípio, um conceito jurídico indeterminado, no que permite sua incidência em uma multiplicidade incontável de situações hipotéticas (AGRA, 2010, p. 99). A jurisprudência também não oferece clareza, já que a maioria dos julgados não é auferida por meio de robusto material teórico, mas obedece a premências casuísticas.

Sem parâmetros normativos e jurisprudenciais, a tentativa de solucionar a aporia é uma delimitação de seu enquadramento conceitual.

Porém, mesmo esse itinerário se configura complicado em razão de que no Brasil tem-se como lícito o financiamento privado de campanha, vedando-se unicamente que determinados sujeitos possam fornecer recursos aos participantes do pleito eleitoral – todos eles descritos no art. 24 da Lei Eleitoral². Não há nenhum dispositivo normativo, de forma direta ou indireta, que comine um limite máximo para os gastos eleitorais. Somente o art. 17 da Lei Eleitoral assevera que a cada eleição, observadas as peculiaridades locais, cabe à lei fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa (LUCENA ESMERALDO, 2012, p. 307-308). Como nunca houve a edição de uma norma desse jaez, tem cada partido político a prerrogativa de fixar o limite desses gastos, comunicando o seu valor à Justiça Eleitoral.

Então, teoricamente, se um candidato não ultrapassa o limite de gastos informados à Justiça Eleitoral pela agremiação, ele nunca incidirá na tipificação de abuso de poder econômico? Infelizmente, tal questionamento não pode ser respondido em cima de maniqueísmos. Sabe-se, de forma notória, que parte do financiamento privado de campanha não é declarada, não integrando a prestação de contas enviada à Justiça. Portanto, afora incúria contábil, jamais o teto estabelecido quando do registro de candidatura será ultrapassado.

² Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de:

- I – entidade ou governo estrangeiro;
- II – órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do poder público;
- III – concessionário ou permissionário de serviço público;
- IV – entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal;
- V – entidade de utilidade pública;
- VI – entidade de classe ou sindical;
- VII – pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior;
- VIII – entidades beneficentes e religiosas;
- IX – entidades esportivas;
- X – organizações não governamentais que recebam recursos públicos;
- XI – organizações da sociedade civil de interesse público.

Parágrafo único. Não se incluem nas vedações de que trata este artigo as cooperativas cujos cooperados não sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que não estejam sendo beneficiadas com recursos públicos, observado o disposto no art. 81.

Dessa forma, torna-se mais difícil identificar o abuso econômico por sua conceituação principiológica, sem estar alicerçada em delimitação clara. A própria conceituação de excesso material depende de configurações territoriais, culturais, temporais, dos gastos realizados pelos concorrentes, etc.

Depreende-se, do que fora exposto supra, que as duas *fattispecie* não dispõem de uma tipificação fechada, deixando margens a voluntarismos jurídicos e acrobacias hermenêuticas, acentuando um processo de judicialização que é crescente em todas as áreas jurídicas, mas que pode provocar indelévels consequências na esfera eleitoralista porque obnubilará a segurança jurídica que é imprescindível à legitimação dos pleitos eleitorais (STRECK, 2007, p. 123).

3 Captação ilícita de sufrágio

Acrescentado pela Lei nº 9.840/1999, de 28 de setembro de 1999, o art. 41-A estabeleceu uma nova previsão de ato ilícito consistente na captação de sufrágio de forma espúria, qualquer que seja a modalidade de compra de voto. É a conquista do voto por meio ilícito, fraude ou qualquer artifício que deturpe a democracia e a normalidade do processo eleitoral (SANTOS GONÇALVES, 2012, p. 18-19). Ou seja, ocorre quando a conduta do candidato em determinado pleito tem a intenção de abalar a normalidade, a legitimidade da eleição e a autenticidade de sufrágio do cidadão (DESIREE SALGADO, 2010, p. 41).

Diante da importância outorgada ao processo eleitoral e à lisura de sua condução, a Lei Eleitoral preleciona que constitui captação de sufrágio o candidato doar, oferecer, prometer ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição (art. 41-A, da Lei nº 9.504/1997). Busca-se, assim, proteger a liberdade de escolha da população, permitindo-se exclusivamente a captação lícita de votos.

A caracterização da captação ilícita de sufrágio pressupõe a ocorrência simultânea dos seguintes requisitos: a) prática de uma das seguintes condutas típicas: doar, oferecer, prometer ou entregar; b) bem

ou vantagem pessoal de qualquer natureza; c) fim específico de obter o voto do eleitor; d) evidência de dolo por meio de violência ou grave ameaça; e) participação ou anuência do candidato beneficiário na prática do ato³. No entanto, para esse último, é desnecessário que o ato tenha sido praticado diretamente pelo candidato, mostrando-se suficiente que, evidenciado o benefício, haja dele participado de qualquer forma ou com ele consentido, de forma explícita ou tácita⁴.

Impende ressaltar que promessas de campanha dirigidas indistintamente a eleitores sem referência a pedido de voto não constituem captação ilícita de sufrágio⁵. Também não se configura a tipificação do art. 41-A promessas de campanha quando realizadas de forma genérica, sem especificar cidadãos determinados.

Importante frisar que a captação ilícita de sufrágio pode ser tipificada com a ação delitiva do agente tendente a influenciar a vontade de um único eleitor, não se exigindo mostrar influência direta no resultado do pleito, mas apenas a gravidade da conduta praticada, que é notória no caso da “compra de votos.”

Outro fato que merece destaque no que se remete à captação ilícita de sufrágio é a ameaça ou violência como modo de agir da conduta. O § 2º da Lei nº 9.504/1997, introduzido pela Lei nº 12.034/2009, estabelece que as devidas sanções previstas para os que incidirem na captação ilícita, deturpando a livre vontade do eleitorado, aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça à pessoa, com o fim de obter-lhe o voto. Nesse viés, valendo-se de sua posição na administração pública, muitos gestores que são candidatos à reeleição intimidam os servidores municipais por meio de ameaças de perdas de cargos, rompimentos de contratos, redução e supressão de salários, dentre outras represálias, com a finalidade cristalina de angariar votos⁶. Sendo assim, nota-se claramente a preocupação do legislador com o

³ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 815659, acórdão de 1º.12.2011, relatora Min. Fátima Nancy Andrighi, Publicação: *DJE – Diário da Justiça Eletrônico*, Tomo 26, Data 6.2.2012, p. 28.

⁴ AgRg no AI nº 7.515/PA, rel. Min. Caputo Bastos, *DJ* de 15.5.2008.

⁵ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 35.352, de 8.4.2010, rel. Min. Fernando Gonçalves.

⁶ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 28459, acórdão de 2.9.2008, relator(a) Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Publicação: *DJE – Diário da Justiça Eletrônico*, Data 17.9.2008, p. 22.

aprimoramento do processo democrático, pois visa expurgar tal prática acintosa à liberdade de sufrágio.

Para a concretização do tipo previsto no art. 41-A, é imperiosa a comprovação do dolo, haja vista se constituir como elemento essencial do tipo. Há premência de se comprovar que o candidato agiu com firme e deliberada vontade de infringir os parâmetros legais estabelecidos. As condutas culposas não são elementos suficientes para a subsunção normativa.

A lei estipulou que o momento para a devida configuração do ilícito é desde o registro até o dia da eleição. Não há dúvidas de que o termo final para propor a mencionada ação se estende até a data da diplomação. Quanto ao termo inicial, apesar do dispositivo enfocado asseverar que ele começa com o registro, há entendimentos doutrinários que defendem que ele pode começar antes, desde que sejam fatos que possam repercutir no processo eleitoral.

4 Abuso de poder econômico

Poder se configura como a prerrogativa de impor a vontade de um sujeito sobre outrem. Antes da consolidação do Estado de direito, a legitimação do poder encontrava-se amparada em vários substratos, como a teocracia, a violência, o costume, etc. Com a implantação do Estado de direito, este passa a contar com o alicerce do arcabouço jurídico, defluição do princípio da soberania popular (ZIPPELIUS, 1997, p. 68).

O abuso de poder, espécie maculada da utilização do poder, é a ação de impor a vontade sobre outrem, malversando os imperativos legais vigentes. Abuso é o que extrapola, que exorbita, que excede. Esse tipo de conduta, que infringe frontalmente o princípio da legalidade, acarreta um acinte aos direitos políticos dos cidadãos, que são externados por meio do voto livre e secreto; e ao princípio republicano, em que a atuação política deve ser pautada no escopo da obtenção do bem comum ao invés de almejar a realização de interesses privados (AGRA, 2005, p. 18).

Mesmo sem o ordenamento jurídico conter delineamentos normativos de sua conceituação, a Constituição de 1988 demonstrou sua

preocupação com o abuso do poder econômico, consciente de sua danosidade ao processo democrático. Em seu art. 14, § 9º, asseverou que compete à lei complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade e os prazos para sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função.

Ressalte-se que o texto constitucional emprega a palavra influência e não abuso, no que tem, teoricamente, um sentido bem mais elástico. Contudo, a especificação infraconstitucional agasalhou melhor técnica legislativa porque o seu objetivo não é obstacular a utilização de recursos econômicos, o que é impossível, mas impedir que haja uma desequiparação entre os partícipes eleitorais. O complicador é que mesmo com a sinalização da *Lex Mater* para a importância de se evitar o excesso material, a legislação infraconstitucional não apresentou indicativos para sua conformação.

O excesso econômico refere-se à utilização excessiva, antes ou durante a campanha eleitoral, de recursos materiais ou humanos que representem valor econômico, buscando beneficiar candidato, partido ou coligação, afetando assim a normalidade, a isonomia e a legitimidade das eleições. Ou seja, nesses casos, existem gastos eleitorais em demasia que têm como escopo influenciar negativamente a vontade do eleito, desvirtuando-a da sua escolha inicial para que opte por candidato que de alguma forma o beneficie.

É assente para o Tribunal Superior Eleitoral que o abuso de poder econômico se caracteriza pela intenção de desequilibrar a disputa eleitoral, podendo ocorrer de modo irregular, oculto ou dissimulado⁷. Para Decomain (2000, p. 72), considera-se abuso de poder econômico o emprego de bens e serviços fora da moldura traçada pelas regras de financiamento presentes na Lei nº 9.504/1997.

Ele é uma espécie do gênero abuso de poder, que também pode ser político. A abusividade econômica é a exacerbação de recursos financeiros para cooptar votos para determinado(s) candidato(s), relegando a importância da mensagem política. Já a política configura-se

⁷ Ac. de 2.12.2003 no AgRgREspe no 21.312, rel. Min. Carlos Velloso.

na utilização das prerrogativas auferidas pelo exercício de uma função pública para a obtenção de votos, esquecendo-se do tratamento isonômico a que todos os cidadãos têm direito, geralmente com o emprego de desvio de finalidade⁸.

Para sua incidência no processo eleitoral, o excesso necessita ser metrificado, alicerçado em robustas provas pelas consequências que pode provocar. Para sua tipificação, urge precisá-lo conceitualmente, para que não seja tão leniente a ponto de permitir a prática de abusos, nem tão fluido a ponto de provocar arbitrariedades judiciais. Urge que a Justiça Eleitoral, de forma tópica, especifique esses casos de maneira bastante enérgica, oferecendo parâmetros claros na determinação das condutas individuais, de modo que a letra da lei possa transbordar o fosso entre a subsunção teórica e a faticidade.

Indubitavelmente, as circunstâncias fáticas influenciam sobremaneira a configuração ou não do abuso econômico. Todos são cômicos de que uma eleição se faz com recursos financeiros, e não poderia ser de outro modo, haja vista que a maioria das tarefas de uma eleição apenas são passíveis de implementação por meio da utilização de fontes monetárias. Ocorre que, para se caracterizar o abuso, necessita-se de um parâmetro, do qual não pode haver extrapolação, ou que os recursos despendidos tenham sido utilizados em atividades não permitidas ou que provenham de fontes ilícitas.

Cumprе esclarecer que, para a configuração do abuso de poder econômico, não há necessidade de saber se ele influenciou na vontade dos eleitores, ou seja, se ele teve efetividade. Uma vez praticadas as condutas que se amoldam na subsunção típica, pouco importa se elas influenciaram ou não a vontade dos eleitores.

Inexistirá essa *fattispecie* se o montante despendido ficar dentro da margem que fora determinada como o valor máximo de gastos de

⁸ "Conforme consignado no acórdão regional, os representados 'teriam abusado do poder político ao fazer propaganda institucional no *Diário Oficial*, ao se utilizarem de *e-mail* do poder público para fazer propaganda eleitoral, ao organizarem evento eleitoral em repartição pública e, finalmente, ao empregarem bem público de uso especial na campanha política que então se desenvolvia" (REspe-nº 25906/SP, rel. Min. José Gerardo Grossi).

campanha, não tenha provido de fontes ilícitas, nem tenha servido para comprar voto.

5 Diferenças entre as duas hipóteses abstratas

A confusão que ocorre na aplicação dessas duas *fattispecie*, pululante em todos os tribunais regionais eleitorais, acontece devido ao fato de que os núcleos verbais que compõem o tipo do art. 41-A também podem contextualizar o abuso de poder econômico, ou seja, as condutas típicas não são ontologicamente diferentes, apresentando muitos casos tópicos, analisados sem as devidas circunstâncias, uma similaridade que pode ser enquadrada em qualquer das duas hipóteses.

Como não foram estabelecidos parâmetros legais para definir os delineamentos das duas hipóteses abstratas, cabe à orbe teórica tal tarefa. Entretanto, para se vislumbrar esse empreendimento, não se pode partir apenas de divagações abstratas, necessitando-se arrimar-se em defluências fáticas para que o teórico e a práxis possam forcejar em simbiose.

Quanto ao fator teleológico, não se vislumbra uma diferenciação, pois compartilham do mesmo *animus* de proteger a normalidade e legitimidade dos pleitos eleitorais. *A contrario sensu*, Coêlho (2010, p. 261) afirma que a vedação de abuso de poder destina-se a proteger a normalidade e legitimidade das eleições, tanto que a proibição de captação ilícita de sufrágio objetiva preservar a liberdade de voto ou a livre escolha do eleitor, constituindo-se estas diferenciações o eixo central das distinções.

O objeto do art. 41-A está radicado nos verbos doar, oferecer, entregar ou prometer. Em relação ao radical do excesso material, inexistente uma definição normativa de seus contornos, a conceituação vaga e imprecisa exige que haja excesso, que o dispêndio monetário seja exorbitante. Nesse diapasão, doar, oferecer, entregar ou prometer podem ser configurados também com abuso econômico, desde que possa ser auferido das circunstâncias em que houve extrapolação.

Para Pinto (2010, p. 221), o abuso de poder econômico realiza-se por meio de ações, enquanto o abuso de poder político acontece mediante

uma ação ou uma omissão. Realmente, o abuso nunca poderá partir de um ato comissivo, em virtude de que se exigem ações para que a igualdade entre os participantes do pleito possa ser quebrada. Por outro lado, na captação é possível que a omissão seja utilizada para angariar votos, como a promessa de não realização de fiscalização em período pré-eleitoral.

Para se estabelecer um delineamento que possa diferenciar nitidamente essas duas situações, sem o cometimento de equívocos conceituais e mantendo-se uma consistência teórica, urge plantear que o abuso econômico sempre será sistêmico, isto é, necessita-se que sua incidência ocorra em um sequenciar de situações, no que se exige inexoravelmente sua repetição. Já a captação ilícita se perfaz em única conduta, sem necessidade de repetições. Sua taxionomia é essencialmente tópica. O abuso de poder econômico nunca poderá ser tipificado diante de apenas um sujeito passivo ou de um reduzido número destes, devendo sempre ser configurado quando for asseverada sua natureza sistêmica.

O excesso material para a existência do abuso precisa da atestação de que a extrapolação teve conteúdo econômico, permitindo-se a aferição monetária do valor gasto. Na captação, o conteúdo econômico não é essencial: a promessa de troca de votos para que um cidadão possa participar, como voluntário, da banda de música municipal já preenche os requisitos previstos na mencionada descrição abstrata, mesmo sem apresentar nenhuma conotação econômica.

As condutas previstas no art. 41-A são nitidamente formais, não sendo essencial o resultado, a aceitação da doação ou da entrega, por exemplo, para sua efetivação. No caso do abuso econômico, é pressuposto que as condutas que denotem o excesso sejam realizadas, como os gastos excessivos da campanha, ou a distribuição de cestas de alimentos em uma região. A concretização das condutas é imprescindível, não se exigindo a efetividade, dispensando-se a comprovação de que o eleitor votou no candidato que realizou a conduta ilícita.

O sujeito ativo nas duas hipóteses deverá ser o candidato ou pessoas que diretamente estejam vinculadas a ele ou que contem com sua anuência.

O sujeito passivo no excesso, como não há restrição, pode ser qualquer pessoa, seja ou não eleitor, mas que sirva para configurar a generalidade das condutas. Na captação ilícita, obrigatoriamente, deve ser eleitor, não se configurando, exemplificativamente, quando o cidadão for eleitor de cidade diversa do domicílio eleitoral do candidato.

Ademais, o abuso pode ser proveniente de conduta lícita ou ilícita. A primeira ocorre quando se extrapola o teto de gastos eleitorais; e a segunda, quando o gasto é direcionado para condutas vedadas pela legislação. Um ato típico pode não ser taxado como abuso, enquanto que um acontecimento isolado pode ensejar a incidência do art. 41-A. Agora, sempre que houver gastos acima do limite previsto em lei ou acima do valor registrado na Justiça Eleitoral, o candidato incorrerá em abuso econômico, haja vista que os recursos gastos tiveram a finalidade de desequilibrar o pleito.

Receber recursos financeiros sem passar pela conta de campanha não é diretamente excesso, mas provoca a rejeição das suas contas (art. 22, § 3º da Lei Eleitoral). Se houver comprovação de que houve abuso, o sujeito sofrerá também as reprimendas legais dessa infração.

Recursos financeiros recebidos de fonte vedada também não se configuram diretamente como abuso de poder, acarretando como consequência a perda do montante do Fundo Partidário que seria recebido pelo partido no ano seguinte⁹. Essa situação pode dar ensejo a proposição de ação de arrecadação e gastos ilícitos de campanha (art. 30-A da Lei Eleitoral) e, ficando comprovado o excesso, também às sanções pertinentes a esse ilícito.

As provas na captação devem ser bem fundamentadas para se atestar a gravidade. Por outro lado, no abuso de poder econômico, o requisito da gravidade é implícito porque, como ele necessita de reiteradas condutas, o teor de acinte ao ordenamento jurídico exala grau incontornável.

⁹ “A utilização de recursos financeiros na campanha eleitoral em desconformidade com o que determina a Lei das Eleições não é suficiente, por si só, à caracterização de abuso, sendo necessária a comprovação do potencial lesivo da conduta. [...]” (Ac. de 28.10.2009 no RO nº 1.495, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

Saliente-se que, em ambas as situações, torna-se premente a demonstração de que a finalidade da vantagem oferecida ou efetivamente dada era a alienação do sufrágio com finalidade eleitoral. Com efeito, não basta provar que houve a oferta de ganho, sendo fundamental que haja a demonstração de que esse benefício ou promessa de benefício tenha a finalidade eleitoral de deturpar a livre vontade do eleitorado.

6 Similitude nas consequências jurídicas

Apesar de o abuso de poder econômico ter requisitos diversos da captação ilícita de sufrágio, ambos apresentam quase as mesmas consequências, uma vez configurada sua subsunção. Nos dois casos a sanção imposta – parte-se do postulado de que essas descrições abstratas têm a taxionomia de sanção em razão de se traduzir em uma reprimenda em decorrência de um ato ilegal – consubstancia-se na imputação de inelegibilidade por oito anos e na perda do registro ou do mandato se já houver o candidato vencido as eleições.

Com relação às consequências, não há possibilidade de determinar outros tipos de reprimenda, em razão do princípio da estrita reserva penal. O que pode acontecer, em consonância com expresse permissivo legal, é a aplicação de multa nos casos de captação ilícita de sufrágio, não sendo essa hipótese possível de ser aventada nos casos de excesso material.

Por outro lado, quando o partido descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos fixados na Lei Eleitoral, configurando-se ou não abuso de poder econômico, perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte, sem prejuízo de sofrer as demais sanções pela utilização de excesso material, caso comprovada a conduta. Essa hipótese de reprimenda não é prevista para a captação ilícita.

Antes do advento da denominada Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar nº 135/2010, a sanção dos ilícitos mencionados eram quase sempre inócuas porque a inelegibilidade cominada era de apenas três anos, a contar da data das eleições, além, obviamente, da perda do registro e do mandato. A declaração de inelegibilidade por três anos não impedia

aquele que sofreu a reprimenda de disputar as eleições que ocorressem quatro anos depois. O maior elastério temporal imposto pela Lei da Ficha Limpa, indubitavelmente, modificou, alvissareiramente, o panorama político brasileiro.

Reflexões maiores devem ser aventadas no que concerne a essa uniformização de sanções, haja vista que, independentemente da gravidade da conduta praticada, a perda do registro ou do mandato, bem como a inelegibilidade por oito anos a contar da eleição disputada, devem ser aplicadas.

Assim, independentemente da gravidade da conduta realizada, seja da compra de um voto ou da compra de milhares, a sanção será sempre a mesma. Seria de melhor alvitre se o legislador deixasse uma brecha para que o julgador, analisando as peculiaridades do caso concreto, pudesse dosar a sanção a ser aplicada de forma que a gravidade de um excesso econômico em um local isolado não tivesse o mesmo tratamento sancionatório daquele que abrange mais de uma região.

O requisito insuplantável para que um candidato possa ser condenado por abuso de poder econômico ou captação ilícita é a constatação da gravidade de seus atos, maculando irremediavelmente o pleito e quebrando a isonomia entre os candidatos e o respeito à vontade popular¹⁰. A antiga exigência da potencialidade fora afastada pela Lei Complementar nº 135/2010, suplantando-a pela gravidade que significa uma conduta pesadosa, grave, intensa, com repercussão marcante no pleito.

¹⁰ “[...] 8. Quanto a imputação de abuso de poder, para aplicação da pena de inelegibilidade, necessária seria a prova de que o ilícito teve potencialidade para desequilibrar a disputa eleitoral, ou seja, que influiu no tratamento isonômico entre candidatos (“equilíbrio da disputa”) e no respeito à vontade popular [...]. No caso, não se vislumbra que as irregularidades na prestação de contas tenham tido potencial para influir na legitimidade do pleito, desequilibrando a disputa entre os candidatos e viciando a vontade popular. Assim, como a relevância da ilicitude relaciona-se tão só à campanha, mas sem a demonstração da potencialidade para desequilibrar o pleito (afetação da isonomia), não há falar em inelegibilidade. [...]” (Ac. de 28.4.2009 no RO nº 1.540, rel. Min. Felix Fischer.) “É firme a jurisprudência do Tribunal no sentido de que a ação fundada em abuso de poder exige a demonstração da potencialidade do ato em influir no resultado do pleito.” (Ac. de 18.8.2009 no RCED nº 715, rel. Min. Marcelo Ribeiro.) II – Para configuração do abuso de poder político, além da prova de sua materialização, faz-se necessário demonstrar se a conduta teve potencialidade para gerar desequilíbrio no pleito. [...]” (Ac. de 12.5.2009 no RO nº 1.432, rel. Min. Fernando Gonçalves.)

Assim, nas duas hipóteses, a demonstração da gravidade das condutas se mostra imperiosa para a realização da *fattispecie*. Na captação ilícita de sufrágio, basta a prova cabal do oferecimento ou da promessa de vantagem pessoal de qualquer natureza para que as sanções pertinentes possam ser aplicadas. No excesso material, as provas não podem ser unitárias, referentes a uma única situação, devendo ser comprovado que houve uma generalidade. Como nesta última hipótese se exige o caráter sistêmico, a gravidade é inequivocamente atestada, sem a exigência de outras comprovações. Se uma determinada conduta foi repetida diversas vezes, não se pode dizer que ela não apresentou gravidade.

Nenhum fato é aprioristicamente grave. Aufere-se seu grau de acinte ao ordenamento jurídico na medida em que ele pode desequilibrar a igualdade de condições dos candidatos à disputa do pleito, ou seja, na medida em que as apontadas irregularidades impulsionarem e emprestarem força desproporcional à candidatura de determinado candidato de maneira ilegítima¹¹.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral é uníssona no que urge à configuração de abuso de poder econômico mediante a utilização de “caixa dois”, pois é evidente que tal ato tem a força de influenciar ilicitamente o resultado do pleito¹². Se o montante do “caixa dois” for insignificante, a tipificação deixa de ser de excesso e pode ser configurada como captação ilícita.

Outra diferenciação, que resulta em um aspecto prático de alta relevância, é que as decisões atinentes ao art. 41-A têm aplicabilidade imediata, sem ter que esperar a prolação de acórdãos dos tribunais regionais ou da alta Corte Eleitoral. Nas decisões proferidas em virtude de abuso de poder econômico, apesar dos recursos eleitorais não terem, em regra, efeito suspensivo (art. 257 do CE), na jurisprudência pululam exemplos que não são insólitos, mas abundantes, de concessão de cautelares para que o candidato sancionado continue a gozar seu mandato.

¹¹ Ac. de 27.4.2010 no AgR-REspe nº 36.357, rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

¹² “[...] Ação de impugnação de mandato eletivo. Abuso de poder econômico. Caixa dois. Configuração. Potencialidade para influenciar no resultado do pleito. Recurso desprovido. 1. A utilização de ‘caixa dois’ configura abuso de poder econômico, com a força de influenciar ilicitamente o resultado do pleito. (Ac. de 19.12.2007 no REspe nº 28.387, rel. Min. Carlos Ayres Britto.)

A execução das decisões fundadas na captação ilícita de sufrágio merece execução imediata, ressalvada a possibilidade de concessão de medida cautelar, a critério do julgador, em face de eventual recurso para impedir a prática nefasta da compra de votos, exercendo função pedagógica aos partícipes do processo eleitoral¹³. Portanto, tratando-se de condenação por captação ilícita de sufrágio, não há falar em exigência de trânsito em julgado ou incidência do art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990, operando seus efeitos eficácia imediata quando da decisão de primeira instância¹⁴.

7 Diferenciações procedimentais

Os requisitos necessários para a validade, existência no plano jurídico, dos atos que acarretam abuso de poder econômico são iguais, no sentido de que seus efeitos apresentam a mesma consequência jurídica. Eles não apresentam simetria em seu *modus faciendo*, no que apresentam uma infinita variedade de tipificação, mas há uma simetria em seus requisitos para a configuração da mencionada *fattispecie*, exigindo que sejam atos que denotem uma exacerbação dos meios econômicos de forma que possam quebrar a paridade de armas. Não obstante esse axioma, o procedimento para sua configuração pode ocorrer por intermédio de mecanismos processuais diversos.

O abuso de poder econômico pode palmilhar o procedimento pertinente à ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), quando a referida for intentada do registro de candidatura até a diplomação dos candidatos¹⁵. Nesse caso, assume processualmente o caminho disposto no art. 22 da Lei das Inelegibilidades, a Lei Complementar nº 64/1990; ou pode assumir outro palmilhar, pertinente a ação de impugnação de mandado eletivo (AIME), que ostenta apanágios constitucionais, quando a referida for impetrada até 15 dias da diplomação do sujeito passivo (ZILIO, 2012, p. 472). Nesse caso, assume o itinerário processual previsto no art. 3º da Lei das Inelegibilidades, a Lei Complementar nº 64/1990.

¹³ TSE, Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 4.214, de 30.6.2009, rel. Min. Felix Fischer.

¹⁴ TSE, Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 3.307, de 6.10.2009, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares.

¹⁵ PELEJA JUNIOR, Antônio Veloso; TEIXEIRA BATISTA, Fabrício Napoleão. *Direito Eleitoral: aspectos processuais: ações e recursos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.162.

Como conclusão, pode-se afirmar que a diferenciação da ação e do subsequente procedimento específico para a verificação da ocorrência ou não do abuso de poder econômico não é decorrente das circunstâncias de sua subsunção ou pertinente às fases do processo eleitoral, referindo-se, exclusivamente, ao momento de impetração da respectiva ação. A escolha de uma AIJE ou de uma AIME não depende de como as condutas típicas aconteceram, mas refere-se ao lapso temporal escolhido. Com relação ao procedimento, não são relevantes as diferenças entre essas duas ações (DIRCEU BARROS, 2010, p. 177).

Da mesma forma, a captação ilícita de sufrágio ostenta a mesma essência, apresentando igual núcleo normativo-conceitual. Todavia seu *modus faciendi* pode apresentar uma variedade infinita, desde que preencha os mesmos requisitos para o enquadramento na citada *fattispecie* e que seja apto a cercear a livre escolha do cidadão. Igualmente, o procedimento para sua configuração pode ocorrer por intermédio de mecanismos adjetivos diversos.

As condutas descritas no 41-A podem seguir o procedimento pertinente à ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), quando a referida ação for intentada do registro de candidatura até a diplomação dos candidatos¹⁶. Nesse caso, assume processualmente o caminho disposto no art. 22 da Lei das Inelegibilidades, a Lei Complementar nº 64/1990. Ou pode assumir outro palmilhar, pertinente ao recurso contra expedição de diploma, previsto no art. 262, IV, do Código Eleitoral, quando a referida impugnação for impetrada até três dias da data da diplomação. Nesse caso, assume o itinerário processual previsto no art. 265 e seguintes do Código Eleitoral.

8 Impossibilidade de igual enquadramento de duas *fattispecie* diversas

Várias são as decisões judiciais em que a captação ilícita de sufrágio é classificada como abuso de poder econômico e vice-versa. Mesmo em

¹⁶ Prefere-se adotar o entendimento de que se pode impetrar AIJE antes do registro de candidatura por fatos que estejam ligados diretamente ao processo eleitoral, mesmo que tenham ocorrido pouco antes do registro.

trabalhos doutrinários não se encontra um descortino escoreito dos delineamentos caracterizadores desses modelos abstratos.

Mas qual é a premência dessa diferenciação se a reprimenda é quase a mesma nas duas subsunções? Se, ademais, inexistente qualquer diferenciação em razão de suas competências? A resposta encontra lastro nos elementos probatórios, pois para a subsunção desses dois tipos se exigem requisitos diversos para sua configuração. A comprovação do abuso de poder econômico apenas será efetivada com amplo acervo probatório, em que reste evidente a generalização da conduta descrita. Mais fácil é a comprovação do art. 41-A, em que se exige somente a realização de uma única conduta idealizada normativamente.

Como fora explanado anteriormente, os elementos necessários para a tipificação do art. 41-A são definidos nos quatro núcleos verbais expostos em lei, a saber: doar, oferecer, ofertar e prometer. Nenhuma ação que não se enquadre nesses núcleos verbais pode ser apresentada como captação ilícita. Já para a tipificação do abuso de poder econômico, o acervo probatório tem que ser mais robusto, necessitando-se provar o seu caráter sistêmico para caracterizar de forma nítida o abuso.

A ilação que podemos chegar é que, para a contextualização da captação ilícita, os elementos exigidos são mais detectáveis, enquanto que, para o excesso material, eles são mais difíceis porque têm que ser apresentados de forma sistêmica, excluindo-se a possibilidade de identificação em casos tópicos. Neste, as provas podem se referir a um único caso; naquele, a extensão do acervo probatório tem que ser maior, de forma que possa ser comprovada a multiplicidade de casos.

Então, se houver equívoco em sua contextualização, as consequências não serão epidérmicas. Por exemplo, se erroneamente for configurado um excesso material quando na verdade se tratava de uma captação ilícita, e tendo a parte autora impetrado uma AIME por já terem se passado cinco dias da diplomação, impossibilitar-se-á a interposição de outro recurso e inexistente possibilidade de utilização do princípio da fungibilidade. Nesse caso, em razão de ser um erro crasso, veda-se a utilização de tal princípio, não devendo a ação ser conhecida. Portanto, o sujeito ativo ficou destituído de qualquer meio processual para se contrapor ao ilícito.

Outro exemplo é se, igualmente por equívoco, for o caso de se utilizar a subsunção de excesso material e se utilizou o art. 41-A, seguindo o procedimento inerente ao recurso contra expedição de diploma, que não contém uma dilação probatória como a AIJE. Em decorrência de a tipificação do primeiro exigir uma maior extensão no acervo probatório que a do segundo, com uma dilação probatória menor será mais complicado provar a sua configuração.

Igualmente útil para percepção da realidade a hipótese de uma AIJE em que seus autores pedem a condenação do réu em captação ilícita de sufrágio e em abuso de poder econômico. Na decisão judicial de primeira instância, o magistrado absolve o imputado pela prática de captação ilícita, alegando ausência de provas, e o condena por abuso de poder econômico. Como, tomando-se como parâmetro as mesmas situações fáticas e o mesmo acervo probatório, alguém pode ser absolvido, por falta de provas, da conduta tipificada no art. 41-A e ser condenado por abuso econômico? Tal decisão não se sustenta em sede recursal porque há exigências de uma maior extensão de elementos probatórios para se comprovar a imputação indicada. Se para a condenação em uma abstração normativa mais simples já não existiam provas, como pode existir condenação em um tipo mais complexo, que exige provas mais robustas?

Assim, o abuso econômico assume uma conotação muito mais ampla que a captação ilícita. A compra de votos, se sistêmica, pode ser configurada como abuso de poder econômico. A doutrina eleitoralista precisa denotar muito esforço para não confundir o excesso material com a captação de votos ou com ilicitude em relação à arrecadação e realização de gastos de campanha.

Portanto, fazendo uma análise do cotejo fático e doutrinário, a diferenciação dos mencionados institutos não se mostra como uma tarefa despendiosa.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral: Direito Penal Eleitoral e Direito político*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidade*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

DESIREE SALGADO, Eneida. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DIRCEU BARROS, Francisco. *Direito Processual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LUCENA ESMERALDO, Elmana Viana. *Manual dos candidatos e partidos políticos*. São Paulo: JH Mizuno, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PELEJA JUNIOR, Antônio Veloso; TEIXEIRA BATISTA, Fabrício Napoleão. *Direito Eleitoral: aspectos processuais: ações e recursos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTOS GONÇALVES, Luiz Carlos. *Direito Eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 3. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.



Esta obra foi composta na fonte Myriad Pro,
corpo 10, entrelinhas de 13,5 pontos, em papel AP 75g/m² (miolo)
e papel Color Plus cinza 180g/m² (capa).

A revista *Estudos Eleitorais* é uma publicação quadrimestral que oferece subsídios para o exame e o debate do Direito Eleitoral, a partir de artigos, estudos e propostas apresentadas por juristas e estudiosos da área.

Confira o conteúdo digital das revistas já publicadas em:
http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pop_up/estudos_eleitorais.htm.



ISSN 1414-5146

