

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO**

**ENEIDA DESIREE SALGADO**

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES DO DIREITO ELEITORAL**

**CURITIBA**

**2010**

**ENEIDA DESIREE SALGADO**

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES DO DIREITO ELEITORAL**

**Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Doutorado em Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho**

**CURITIBA**

**2010**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

ENEIDA DESIREE SALGADO

### **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES DO DIREITO ELEITORAL**

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Doutorado em Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná.

Banca examinadora:

Orientador:

---

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho  
Universidade Federal do Paraná

Membros:

---

Prof. Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello  
Pontifícia Universidade Católica de S. Paulo

---

Prof. Dr. Orides Mezzaroba  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Dr. Alcides Munhoz da Cunha  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève  
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 26 de fevereiro de 2010.

A João Luiz e Ana Clara, os meus  
que me fazem eu. E *gracias a la*  
*vida, que me ha dado tanto...*

## AGRADECIMENTOS

A elaboração de um trabalho acadêmico se dá em um processo intrincado, com idas e vindas, reestruturações do projeto, abandono de certezas, intuições e inspirações, frustrações e recompensas e muito cansaço. Ao menos essa tese foi assim. E neste caminho – que se faz ao caminhar – o pesquisador tem que contar com um conjunto de pessoas, sem as quais a solidão da pesquisa e da redação torna-se insuportável.

Devo, em primeiro lugar, fazer menção àquele que me fez descobrir minha vocação, que me encorajou a tomar algumas das decisões mais importantes da minha vida acadêmica e que, por generosidade e por uma confiança quase temerária, me recebeu entre seus discípulos. Ao mestre e mentor Romeu Felipe Bacellar Filho, minha gratidão será sempre insuficiente.

Alguns professores, durante minha formação acadêmica, foram decisivos. Celso Luiz Ludwig mostrou-me como é possível alcançar o justo equilíbrio entre o saber muito e o ensinar bem e espero passar ainda muitos anos entre os seus alunos para, a cada aula, descobrir o que ainda me falta. Clèmerson Merlin Clève me trouxe a paixão pelo Direito Constitucional, me guiou nas primeiras leituras e me fez conhecer o valor do estudo e da defesa da Constituição. Ricardo Marcelo Fonseca me ensinou, pacientemente, a pesquisar e a pensar além, a questionar o que já se tem como certo e a revisar, sempre, as perguntas. Vera Karam de Chueiri, com a sua hábil desconstrução de cada um dos meus argumentos em todo o debate que travamos, me fez ler muito e boa parte da tese foi construída a partir de suas provocações.

A tese apresentada foi parcialmente moldada pelas observações da banca de qualificação. A Alcides Munhoz da Cunha devo a indicação do primeiro princípio eleitoral apresentado, sem o qual, certamente, a tese restaria frágil. Orides Mezzaroba, com suas observações, me levou ao estudo da representação política e dos partidos políticos. E a Vera Karam de Chueiri devo o cuidado com a terminologia e com o senso comum, além de toda a leitura dos constitucionalistas estadunidenses.

Na fronteira entre as “dívidas” acadêmicas e as pessoais está Emerson Gabardo. Não é exatamente meu professor, embora às vezes efetivamente o seja e outras vezes pense ser. Mais que um amigo, é, intelectualmente, meu “outro”. Sua disponibilidade, sua paciência e sua teimosia colaboraram grandemente na construção da tese. A ele meus agradecimentos serão sempre parciais, pois sempre haverá mais um motivo.

Aos amigos professores que questionaram as minhas certezas, agradeço a Amélia Rossi, Anderson Marcos dos Santos, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, Fabrício Tomio, Lígia Maria de Mello Casimiro, Luciane Moessa de Souza, Rafael Garcia Rodrigues, Ozias Paese Neves e Tarso Cabral Violin. Aos jovens constitucionalistas José Arthur Castillo de Macedo e Miguel Godoy e aos ex-alunos Ana Claudia Santano e Cassio Leite, a ajuda com a pesquisa, as discussões e as referências. A Andrea Roloff, pela revisão atenciosa da tese e pelo auxílio com as normas técnicas.

Sem as Mulheres de Frases e sua compreensão, sem o Min. Flávio Bierrenbach e sua disponibilidade, sem a ajuda das bibliotecárias Roseli Bill e Maria Teresa Ferlini Machado e de Marden Machado, Francisco Carlos Duarte, Horley Clève Costa e Josnir Jesus da Silva, a tese não seria a mesma.

Às famílias Salgado e Costa Lopes, por entenderem os momentos de concentração e de tensão e as minhas ausências e pelo incentivo; aos meus pais, Enio e Neuza, por me deixarem escolher meus caminhos e me possibilitarem as ferramentas para fazer o que escolhi e, *in memoriam*, ao meu avô Agenor Salgado, de quem herdei a paixão pelo Direito, apresento meus agradecimentos.

E, finalmente, a João Luiz, companheiro combativo às minhas abstrações, que teve que assumir obrigações familiares extras em tempos de pesquisa e redação, e a Ana Clara, que nasceu e cresceu com a tese, cantando ao pé da mesa e sublinhando seus livros de histórias com lápis de cor, muito obrigada.

pelos caminhos que ando  
um dia vai ser  
só não sei quando

Paulo Leminski,  
*Distraídos venceremos*

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b>	<b>viii</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>ix</b>
<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>1</b>
<b>PARTE I – PREMISSAS LEGITIMATÓRIAS DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES DO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO</b>	<b>8</b>
<b>1 – A CONSTITUIÇÃO DE 1988 CONSAGRA UM ESTADO DE DIREITO FUNDADO NO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E NO IDEAL REPUBLICANO</b>	<b>15</b>
1.1 UMA NOÇÃO DE DEMOCRACIA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO DE 1988	20
1.2 A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E SUA MITOLOGIA	29
1.3 O IDEAL REPUBLICANO E SEUS PARADOXOS	46
<b>2 – A CONSTITUIÇÃO DE 1988 INSTITUI O ESTADO BRASILEIRO A PARTIR DE PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES INTANGÍVEIS</b>	<b>55</b>
2.1 OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO ESTADO BRASILEIRO	58
2.2 A CONTROVERSA QUESTÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO	67
2.3 OS LIMITES EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS AOS PROCESSOS FORMAIS E INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO	88
<b>PARTE II – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES DO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO</b>	<b>101</b>
<b>1 – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AUTENTICIDADE ELEITORAL</b>	<b>108</b>
1.1 A “AUTENTICIDADE” DO VOTO	116
1.2 A VERACIDADE DO ESCRUTÍNIO	122
1.3 A FIDEDIGNIDADE DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA	128

<b>2 – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO</b>	<b>143</b>
2.1 A VEDAÇÃO AO MANDATO IMPERATIVO	150
2.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO “MANDATO PARTIDÁRIO”	160
2.3 A IMPOSSIBILIDADE DE PERDA DO MANDATO POR DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA	176
<b>3 – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NECESSÁRIA PARTICIPAÇÃO DAS MINORIAS NO DEBATE PÚBLICO E NAS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS</b>	<b>217</b>
3.1 O SISTEMA ELEITORAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	219
3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DISTRITAL	234
3.3 A PROIBIÇÃO DE UMA CLÁUSULA DE DESEMPENHO	242
<b>4 – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MÁXIMA IGUALDADE NA DISPUTA ELEITORAL</b>	<b>247</b>
4.1 A REGULAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL E O USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL	259
4.2 A ATUAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS E O USO DO PODER POLÍTICO	272
4.3 O CONTROLE DO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS E O ABUSO DO PODER ECONÔMICO	278
<b>5 – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ESPECÍFICA EM MATÉRIA ELEITORAL</b>	<b>285</b>
5.1 A ANTERIORIDADE CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA ELEITORAL	289
5.2 A “RESERVA DE LEI” DO PARLAMENTO	297
5.3 O “PODER REGULAMENTAR” DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	301
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>315</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>317</b>

## RESUMO

O trabalho analisa as principais temáticas que envolvem o Direito Eleitoral na atualidade, utilizando-se, para tanto, de uma perspectiva de valorização dos ditames constitucionais a respeito do assunto. Foca as questões polêmicas que vêm sendo debatidas não somente na doutrina nacional e internacional, mas também na jurisprudência brasileira. Trata de temas como a democracia, o processo eleitoral, a opinião pública e os partidos políticos. Divide-se em duas partes fundamentais: a primeira procura identificar as premissas legitimatórias dos princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral brasileiro, partindo de uma metodologia descritivo-comparativa, com o objetivo de construção de um substrato para o melhor entendimento da tese; a segunda procura retratar e fundamentar a identificação dos princípios em si, quais sejam: 1. o princípio constitucional da autenticidade eleitoral; 2. o princípio constitucional da liberdade para o exercício do mandato; 3. o princípio constitucional da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas; 4. o princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral; e 5. o princípio constitucional da legalidade específica em matéria eleitoral. Seu foco é na questão jurídica; todavia, utiliza-se de conhecimentos interdisciplinares, notadamente da ciência política e da história. A conclusão final extraída da pesquisa realizada pode ser resumida na assertiva de que os fundamentos principiológicos do Direito eleitoral brasileiro somente podem ser reconhecidos a partir do sistema constitucional positivo, nos termos e limites extraíveis do processo constituinte e da realidade democrática nacional. Por consequência, elabora uma crítica às recentes decisões judiciais e administrativas a respeito da temática, notadamente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral.

Palavras-chave: Direito Eleitoral. Princípios constitucionais. Autenticidade eleitoral. Mandato representativo. Sistema eleitoral. Igualdade eleitoral. Legalidade eleitoral.

## ABSTRACT

This thesis analyses the main themes regarding Electoral Law nowadays, using, for this purpose, a perspective of emphasis on the constitutional guidelines in this area. It focuses the controversial matters that are being discussed both in the national and international doctrines and in Brazilian courts. It discusses matters such as democracy, electoral process, public opinion and political parties. It is divided into two elementary parts: the first part aims to identify the premises which legitimate the structuring principles of Brazilian Electoral Law, using a descriptive-comparative methodology, with the purpose of building a substract to better comprehension of the thesis; the second one aims to describe and give the grounds to the identification of the principles themselves: 1. the principle of electoral authenticity; 2. the constitutional principle of freedom for the exercise of the mandate; 3. the principle of the necessary participation of the minorities in the public debate and in the political institutions; 4. the constitutional principle of the maximum equality in the election; 5. the constitutional principle of strict legality in electoral matter. Its focus is on the legal aspect, but it also uses interdisciplinary knowledge, mainly from political science and history. The final conclusion that can be inferred can be synthesized in the statement that the grounds and principles of Brazilian Electoral Law only can be recognized when they are based on positive constitutional law, in the terms and limits that can be inferred from the process of elaboration of the Constitution and considering the national democratic reality. As a consequence, it builds a critical point of view concerning the recent judicial and administrative decisions on this area, especially from the Supreme Court and from the Superior Electoral Court.

Keywords: Electoral Law. Constitutional principles. Electoral authenticity. Representative mandate. Electoral system. Electoral equality. Electoral legality.

## APRESENTAÇÃO

A tese aqui desenvolvida deriva de um conjunto de inquietações, decorrentes de uma atividade cotidiana no Direito Eleitoral e de uma proximidade com a sua aplicação há quase quinze anos, bem como de uma série de perplexidades em relação à ausência marcante de um tratamento jurídico adequado sobre os fundamentos constitucionais do Direito Eleitoral. Somada a isso, está uma preocupação basilar com a questão da representação política e de seu (inexistente) controle, com a consequente crise (fundante) da categoria e com a insatisfação social quanto ao seu funcionamento.

A pesquisa parte também de uma percepção de que a atuação do Tribunal Superior Eleitoral no alegado exercício de sua competência de expedir instruções para a “fiel execução” da legislação eleitoral, sem sede constitucional específica, retira a segurança jurídica e a previsibilidade das regras de disputa eleitoral, fundamental para a configuração democrática de um regime político. No Direito Eleitoral, braço estrutural do Direito Constitucional, pela atuação da corte sustentada pelo tribunal máximo, parece persistir uma prática jurisdicional de construção da regra pelo Poder Judiciário, sem respeito aos precedentes, sem coerência, sem consistência e sem unidade.<sup>1</sup> Uma mistura pragmática (talvez esquizofrênica) entre *commom law* e *civil law*.

Esse comportamento, de absoluto desrespeito às regras jurídicas e aos princípios constitucionais, se revela, paradigmaticamente, na questão da fidelidade partidária. Talvez porque as decisões tenham sido proferidas quando a pesquisa estava sendo realizada, a criação jurisprudencial da hipótese de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa ocupa um espaço privilegiado neste trabalho.

Simbolicamente, o tema representa o motivo e a importância desta pesquisa. Ele evidencia um protagonismo judiciário sem limites, envolto por argumentos morais subjetivos

---

<sup>1</sup> A construção do Direito a partir da jurisprudência é característica do *common law*. Esse sistema se diferencia do sistema romano-germânico, ou *civil law*, por ser, de regra, um direito não codificado e que assim confere um maior campo de discricionariedade aos juízes (embora vinculados aos precedentes), por não levar em conta a distinção entre direito público e direito privado nem contar com tribunais distintos para a apreciação de causas envolvendo a Administração Pública, pelo papel e pelo prestígio dos juízes como fundamentadores das teses jurídicas (ou “oráculos do Direito”), pelo desenvolvimento do direito substantivo a partir dos *writs* e pela ênfase no princípio acusatório como orientador da postura do juiz (CAENEGEM, Raoul C. van. *I sistemi giuridici europei*. Tradução: Emmanuela Bertucci. Bologna: Il Mulino, 2003, p. 49-64). Para Pietro Costa, o *common law* se vincula a uma tradição em que o sistema normativo é visto como relacionado à ordem objetiva das coisas, a uma ordem normativa contínua e imemorable (COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 12 e 21). Gianluigi Palombella acentua que no “âmbito anglo-saxão o direito mantém maior autonomia em relação ao poder e à dimensão política”, marca do *commom law* (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1996], p. 42).

e por uma visão perfeccionista da Constituição e do cidadão, um descaso com o texto constitucional e com a sua construção democrática, um desprezo em relação ao Poder Legislativo. O Poder Judiciário, neste ponto como em outros, resolve “tomar as rédeas” da mudança da sociedade, iniciando uma eterna reforma política em face do legislador indolente, sem enfrentar o debate público na arena parlamentar, formada por representantes de distintas correntes ideológicas, e sem observar o processo constitucional de alteração de seu texto.

Para tentar justificar seus argumentos, apresenta um conjunto de conceitos ociosos, leituras falhas, visões distorcidas. Escapa da discussão jurídica central – a Constituição não prevê, embora tenha sido longamente discutido na Assembleia Nacional Constituinte, a perda de mandato nesta hipótese – e, criativamente, traz figuras como perda de mandato sem caráter de sanção, a renúncia tácita, o sacrifício de direito, a titularidade partidária do mandato, todas inadequadas. Dedicar-se com mais afinco aos argumentos fáticos, a partir de premissas completamente equivocadas: aduz que o eleitor vota em partido e não no candidato, que decide seu voto pela corrente partidária, que estabelece uma relação com o partido. Nada disso se sustenta na realidade brasileira.

Como o eleitor brasileiro não se ajusta à sua leitura específica do texto constitucional e da mentalidade política nacional, o Poder Judiciário constrói um eleitor padrão. Como os filósofos, segundo a leitura de Spinoza, “concebem os homens, efetivamente, não tais como são, mas como eles próprios gostariam que fossem”.<sup>2</sup> E como os filósofos, agora com Platão, devem ser os monarcas soberanos, feitos de ouro, capazes de governar com a razão e fazer a humanidade melhor: os filósofos devem governar, estabelecer as leis e aplicar a justiça.<sup>3</sup> Exatamente o papel que o Poder Judiciário se arvora.

Mas a tese não é sobre a leitura jurisprudencial sobre a fidelidade partidária. Ou não é apenas sobre isso. O Poder Judiciário, em matéria eleitoral, decide sobre outros temas de maneira igualmente descompromissada e inconsistente. Deixou de ser uma anedota a existência, em um mesmo tribunal eleitoral e na mesma sessão, de julgamentos sobre questões assemelhadas, sempre por unanimidade, mas em sentidos opostos, a partir da distinção entre os relatores. É cotidiano.

A visão da Justiça Eleitoral sobre a autenticidade eleitoral é desconcertante. Há uma preocupação quase obsessiva com o escrutínio e, atualmente, com a identificação do eleitor, buscando acabar com as fraudes no momento da votação e na contagem dos votos, custe o que

---

<sup>2</sup> SPINOZA, Baruch. *Tratado político*. Tradução: Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1994 [1677], p. 23.

<sup>3</sup> PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2006. Os “amantes do espetáculo da verdade” são os únicos capazes de alcançar a essência das coisas, a sabedoria, que está além do entendimento e muito além da opinião...

custar. Esse desassossego não se repete, no entanto, quanto à formação do voto. Não obstante sua preocupação com o “voto consciente”, objeto de campanhas institucionais, os abusos não são coibidos de maneira efetiva. Ora a “potencialidade”, ora a “proporcionalidade” – não a do legislador, que enfim “pondera” princípios e direitos ao estabelecer a regra jurídica, mas a “correta” do juiz filósofo – enfraquece o já frouxo ordenamento jurídico eleitoral. Contudo, basta prova testemunhal em relação à compra de apenas um voto (ainda que por interposta pessoa, apesar do comando normativo) ou a alteração de partido (ainda que dentro da coligação que disputou a eleição) para a desconsideração completa da vontade manifestada nas urnas.

Não há, tampouco, uma visão adequada sobre a liberdade para o exercício do mandato, marca das democracias representativas. A partir do senso comum, é contestada a defesa de tal princípio. A alegação é que isso implicaria um cheque em branco ao representante. Pois bem, para além das possíveis refutações práticas que se poderia apresentar, trata-se de um princípio constitucional. Deriva dos contornos dados ao mandato e à relação entre representante, partido político e eleitorado pelos dispositivos constitucionais estabelecidos. E a liberdade deve ser adequadamente compreendida. Não há vínculo jurídico entre eleitor e deputado, nem obrigações jurídicas entre eles e entre eles e os partidos; mas há o necessário respeito às regras constitucionais e ao interesse público, objetivado no ordenamento jurídico. Nesse espaço, nem tão amplo, nem tão livre, é que o representante pode atuar sem amarras.

O sistema eleitoral brasileiro é origem de desconfortos e reclamações. Em nome da “governabilidade”, do “absurdo” do multipartidarismo, afirma-se ser imperioso afastar a representação proporcional e adotar o modelo alemão.<sup>4</sup> Ora, em outros tempos, bastaria dizer que a adoção do princípio majoritário para todos os cargos é inconstitucional. Em épocas de desconsideração da Constituição, no entanto, outros argumentos são exigidos. E são expostos nesta pesquisa. A “governabilidade” não é princípio constitucional, enquanto a necessária participação das minorias do debate público e nas instituições políticas o é. O número de partidos não caracteriza a democracia, o direito de oposição o faz. Isso deve ser considerado na divisão do fundo partidário, no acesso ao rádio e na televisão e na avaliação de uma cláusula de desempenho.

Tanto a legislação eleitoral como as decisões judiciais devem ter como fundamento também o princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral, decorrência do princípio

---

<sup>4</sup> O sistema distrital misto, que funciona na Alemanha, é visto como a grande salvação para o “problema” do sistema eleitoral brasileiro. Pretende-se importar uma solução tedesca para uma realidade completamente distinta, como um turbante na corte brasileira, na leitura de Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1051-1052).

republicano e que impõe o afastamento dos fatores irrelevantes na disputa eleitoral. Não é, ou não pode ser, pelo ordenamento constitucional, o poder econômico o fator determinante para o sucesso eleitoral. De igual forma o acesso aos meios de comunicação ou a ocupação de cargos públicos. Nesse ponto, vale ressaltar, o texto constitucional presente macula-se de inconstitucionalidade: o parágrafo quinto do artigo 14, com a redação dada pela Emenda Constitucional 16/97, é inconstitucional. Inconstitucionalidade potencializada pela leitura respeitosa e tímida do Poder Judiciário em face de sua incoerência com o parágrafo sexto, que impõe o afastamento definitivo dos chefes do Poder Executivo para concorrer a outros cargos.<sup>5</sup> Embora o Supremo Tribunal Federal tenha definido que é constitucional, a reeleição para os cargos do Poder Executivo ofende a um princípio constitucional – a igualdade – em sua derivação estruturante no âmbito eleitoral: a igualdade na disputa eleitoral.

Outro ponto que impõe uma análise acurada é o relativo à produção das regras eleitorais. Pode-se medir a qualidade da Constituição, como afirma Konrad Hesse, por sua capacidade de possibilitar e garantir um processo político livre – o que se relaciona fortemente com a normatização da disputa eleitoral –, além de “*constituir, de estabilizar, de racionalizar, de limitar el poder*” e de assegurar a liberdade individual.<sup>6</sup> Pois a Constituição o faz, ao determinar uma anterioridade específica para a legislação eleitoral e uma reserva de deliberação parlamentar sobre as regras do jogo. Todavia, o Poder Judiciário assim não tem compreendido e atua, largamente, a partir de consultas e resoluções, na alteração das normas e na construção de restrições a direitos.

A partir dessa problemática, esta pesquisa propõe-se apontar princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral brasileiro<sup>7</sup> a serem utilizados como critérios para a verificação da legislação eleitoral e das decisões judiciais neste âmbito. São cinco os princípios constitucionais: o princípio constitucional da autenticidade eleitoral, o princípio constitucional da liberdade para o exercício do mandato eletivo, o princípio constitucional da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas, o princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral e o princípio constitucional da

---

<sup>5</sup> Veja-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na medida cautelar da ação direta de inconstitucionalidade 1805, julgada em 26 de março de 1998 e de relatoria do Ministro José Néri da Silveira. O item 10 da ementa é particularmente interessante: “Somente a Constituição poderia, de expresso, estabelecer o afastamento do cargo, no prazo por ela definido, como condição para concorrer à reeleição prevista no § 5º do art. 14 da Lei Magna, na redação atual”. Houvesse consistência e jamais o Poder Judiciário poderia ter afirmado a perda de mandato por infidelidade partidária sem comando constitucional expresso.

<sup>6</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Seleção, tradução e introdução: Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992 [1966/1959/1974], p. 21.

<sup>7</sup> Compartilha-se da concepção de Alcides Munhoz da Cunha: “São as constituições dos Estados verdadeiramente democráticos que fixam os fundamentos do Direito Eleitoral. Isto também se dá no Brasil” (CUNHA, Alcides Munhoz da. Justiça Eleitoral e autenticidade do sistema representativo. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 33, p. 23-33, jul. 1999).

legalidade específica em matéria eleitoral. A tese aqui apresentada é a afirmação destes princípios a partir do “pano de fundo” que lhes dá substrato.

Serão analisados os conteúdos dos princípios e suas derivações, em um panorama jurídico que pretende dar conta das principais regras eleitorais, relacionando-as com essas decisões políticas fundamentais e apontando sua adequação ou sua desconformidade. A aspiração, talvez bastante exagerada, é tentar estabelecer uma costura coerente entre as disposições que normatizam a disputa eleitoral, a partir, sempre, das disposições constitucionais.

São, portanto, duas preocupações que atravessam este texto: trazer elementos para evitar a “maior das inconstitucionalidades”, com o “quebrantamento do espírito da Constituição”<sup>8</sup> e buscar elementos para estabelecer uma coerência das regras jurídicas do jogo eleitoral.

Há uma ressalva que precisa preceder o texto: a pesquisa tem como base as escolhas realizadas na Assembleia Nacional Constituinte e que passaram a compor o texto constitucional brasileiro. Assim, a análise sobre os princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral é realizada a partir do texto constitucional. Não é uma construção teórica com pretensões perfeccionistas. Como Bruce Ackerman ressalta ao tratar da Constituição estadunidense,<sup>9</sup> esta pesquisa não parte de uma tábula rasa, nem se propõe a “*describir lo mejor de todos los mundos posibles*”, mas do respeito pelas decisões tomadas nas deliberações da Assembleia Nacional Constituinte, mesmo que seja possível pensar em escolhas diferentes.

A pesquisa se coloca, em um momento em que isso pode parecer reacionário, em uma posição de defesa da Constituição de 1988. De resistência às alterações formais e informais de seu conteúdo, ao quebrantamento dos seus princípios, ao desprezo pelas decisões fundamentais e pelo momento constituinte que dá origem ao texto, ao pragmatismo dos

---

<sup>8</sup> Conforme expressão de Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 28).

<sup>9</sup> “*Estas respuestas neofederalistas no son las mismas que yo daría si estuviera escribiendo sobre una tabla rasa. En realidad, si solo me interesara por describir el mejor de todos los mundos posibles, no perderia mi tiempo con el federalismo, ‘neo’ o no. En cambio, dedicaría todas mis energías a elaborar las implicaciones prácticas de mis propios ideales políticos (...). Sin embargo, el hecho es que no estoy escribiendo sobre una tabla rasa. Como estadounidense que vive durante el bicentenario de la Constitución, me encuentro rodeado por un complejo histórico de símbolos constitucionales y de estructuras institucionales que se originaron en el período federalista. Nos guste o no, son estos símbolos y estructuras (ninguno de los cuales inventé yo) los que fijan los términos de mis propios esfuerzos de comunicación política con mis ciudadanos*”. ACKERMAN, Bruce *¿Um neofederalismo?* In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 176-216, p. 178-179.

Poderes Executivo e Judiciário que desprestigia a Constituição e o Direito, que em geral também propugna pela redução do papel do Estado na promoção dos direitos.

Para que não se compreenda equivocadamente as críticas à atuação do Poder Judiciário, faz-se necessário explicitar aqui que não se deseja um juiz “boca da lei”, que se atenha a uma falsa singela subsunção do fato à regra e não considere os valores e princípios constitucionais. Ao contrário, deseja-se um magistrado comprometido com as promessas da Constituição, com o projeto de sociedade ali proposto. Juízes que atuem, efetivamente, na concretização dos direitos sociais. Um Poder Judiciário que respeite a Constituição, que a defenda e a realize, nos termos por ela estabelecidos. O que se recusa, veementemente, é um ativismo que escolhe onde inovar – ainda que diretamente ofensivo ao texto constitucional – pela repercussão social que as decisões possam ter.

Como ressalva metodológica, saliente-se que o trabalho é de uma pesquisadora, e não de quem toma a decisão de estabelecer a regra nem quem decide quando da sua aplicação.<sup>10</sup> Trabalha-se sobre uma construção de princípios que estão, implícita ou explicitamente, no texto constitucional. E sobre eles se descreve e se argumenta. Trata-se de um trabalho de fundamentação e não de aplicação. Não se discutem métodos de aplicação dos princípios, não se debruça longamente sobre a teoria dos princípios, não se trata da compatibilização entre eles.

Não há um marco teórico, um autor determinado ou uma escola de pensamento específica que fundamente esta pesquisa. Parte-se do texto constitucional brasileiro e utiliza-se, para a construção dos argumentos, uma diversidade de autores, afastados no tempo e no espaço, que se debruçaram sobre ideias de Direito, textos constitucionais, demandas sociais e configurações jurídicas distintas.<sup>11</sup>

Ao lado disso, são utilizados autores que por vezes partem de outra realidade e que fazem a defesa de instituições a partir de diferentes premissas. Suas categorias e conceitos são, portanto, instrumentalizados, apropriados e costurados entre si com liberdade e com certa

---

<sup>10</sup> “*Me parece que no es menester aclarar y repetir que escribo como investigador y no como quien decide, aunque es muy difícil para muchos distinguir entre comprobar lo que es y aprobar, o desaprobar, lo que puede llegar a ser. Es cierto que quien enseña política tiene que prepararse ante protestas u oposiciones. Ahora bien, quien me contradiga, que intente criticar mis conocimientos y competencia, antes que mis convicciones*”. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução: Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 4.

<sup>11</sup> Assim como fez Clèmerson Merlin Clève em seu escrito sobre “O jurídico como espaço de luta”, assumindo a “utilização de conceitos oriundos não apenas de uma mesma teoria ou corrente teórica. Não nos preocupamos, nesse sentido, com a coerência limitadora; ao contrário, faremos uso da contribuição de autores que, considerados sob uma ótica orgânica e totalizadora, são inconciliáveis. É que arriscamos o uso de parte do universo conceitual deste autor, parte daquele, e parte daquele outro”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 185.

transcendência. Essa postura harmoniza com a invenção paulatina do tema, com suas descobertas diárias e suas refundações episódicas.

Vale ressaltar, ainda, que a tese consiste, de fato, na segunda parte do trabalho, com o elenco e o desenvolvimento dos princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral brasileiro. A primeira parte, que trata das premissas legitimatórias, é formada por um conjunto de quase resenhas, sobre temas fundamentais do Direito Constitucional e da teoria política, pressupostos do desenvolvimento dos princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral. Embora sejam questões de absoluta importância, não compõem o objeto central da tese. Por conta disso, há uma seleção bastante arbitrária do enfoque e dos autores trabalhados, permitindo apenas a instrumentalização de conceitos e categorias utilizados na segunda parte. Assim, a insuficiência do tratamento dos assuntos é evidente – apenas indicam a base teórica da qual se parte para a análise do texto constitucional brasileiro.

**PARTE I**

**PREMISSAS LEGITIMATÓRIAS DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS  
ESTRUTURANTES DO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO**

A construção da análise dos princípios estabelecidos pela Constituição, implícita ou explicitamente, como estruturantes do Direito Eleitoral brasileiro, exige colocar em evidência suas premissas. Para permitir a avaliação da conformidade da descrição e do desenvolvimento desses princípios, faz-se necessário expor alguns entendimentos pressupostos à linha de pensamento percorrida.

O elenco dos princípios apresentados na segunda parte do trabalho fundamenta-se em determinadas concepções e só a partir delas pode ser compreendido. Nessa primeira parte, pretende-se inicialmente evidenciar a noção de democracia que se acredita ter sido incorporada na Constituição, o tratamento constitucional dado à representação política e o significado sempre complexo do ideal republicano trazido pelo texto de 1988. Em seguida, serão analisados com brevidade os princípios estruturantes do Estado brasileiro, a tensão entre constitucionalismo e democracia e, ainda, o alcance de decisões tomadas por intangíveis quando da elaboração da Constituição.

Conforme sublinhado na apresentação desse trabalho, as análises desenvolvidas nesta primeira parte têm a extensão de pequenas resenhas, ainda que tratem de temas vastos da teoria política e da teoria constitucional. Não se busca construir uma nova teoria sobre essas questões nem se pretende apresentar uma leitura original de sua problemática. Trata-se, singelamente, de expor os conceitos implicados na elaboração dos argumentos expostos na segunda parte do trabalho. Assim, não serão esgotados os assuntos e nem serão trazidos todos os autores relevantes. Em um recorte pessoal e arbitrário, serão apresentadas algumas ideias que, para a pesquisa, se apresentam adequadas à Constituição brasileira.

Antes, no entanto, impõe-se evidenciar o que se compreende por princípios.

As decisões constituintes que estruturam o Estado se revelam como valores, como princípios ou como regras constitucionais. Faz-se necessária uma compreensão de Constituição como um conjunto de valores, princípios e regras, que conformam o ordenamento jurídico e a vida em sociedade, com força normativa e concepção democrática.

Os valores constitucionais se evidenciam no preâmbulo e nos primeiros artigos da Constituição: a justiça, a liberdade, a igualdade, a dignidade, a segurança, o bem comum, o desenvolvimento, a solidariedade, o pluralismo e a garantia do exercício dos direitos sociais e

individuais. Esses fins formam o escopo da atuação dos poderes públicos e devem informar também as relações privadas.

Embora os valores se manifestem em termos bastante abertos, fluidos, isso não leva à sua superfluidade. Ainda que, de início, não se possa afirmar exatamente o que signifiquem, nem se possa retirar deles uma conduta determinada, o significado dos termos limita, ao menos negativamente, o agir dos órgãos de soberania. Além disso, esses fins últimos são traduzidos em princípios constitucionais, que definem a ação ou o juízo.

Gustavo Zagrebelsky afirma que o princípio orienta normativamente a ação ou o juízo, sendo seu critério de validade, exigindo um cálculo de adequação que torna a ação ou o juízo previsíveis, ao menos em sua direção.<sup>12</sup> São enunciados normativos, e embora apresentem uma textura aberta, não permitem o arbítrio do intérprete, que está vinculado a vontades – da Constituição, do constituinte – preexistentes reveladas pelos valores constitucionais.<sup>13</sup>

A eleição de valores pelo constituinte, e sua eventual concretização por princípios densificadores e regras, não deve ser ignorada sob pena de a atuação do leitor e aplicador da Constituição esvair-se de legitimidade.<sup>14</sup>

Os valores constitucionais se condensam em princípios constitucionais,<sup>15</sup> dando aos fins um sentido específico, apresentando um feixe de possibilidades e excluindo determinados meios. Valores e princípios atuam de maneira distinta na efetivação do Direito.

Enquanto os valores servem como baliza para a interpretação de uma norma e para o desenvolvimento legislativo, os princípios estão ao alcance do legislador e do juiz, se inexistente regra específica. Ao legislador cabe a conversão do valor em uma norma, a “projeção normativa”, com ampla margem de liberdade; ao juiz, resta apenas a eficácia interpretativa dos valores positivados. No entanto, em relação aos princípios, o leque de opções do

---

<sup>12</sup> “*La massima del principio è: agisci in ogni situazione concreta che ti si presenta in modo che nella tua azione si trovi all’opera un riflesso del principio stesso*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto per: valori, principi o regole?* (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Firenze, t. 1, n. 31, p. 865-897, 2002, p. 873).

<sup>13</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 143.

<sup>14</sup> Não se ignoram as opções valorativas inerentes ao processo de aplicação do direito, ainda que determinado por regras, em virtude da textura aberta da linguagem (NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 87-100). O que não pode ser admitido é a substituição dos valores plasmados na Constituição por valores subjetivos, mascarados de argumentos técnicos ou de uma concepção pessoal de justiça. Não se nega, tampouco, o caráter constitutivo da interpretação do Direito (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 163), embora se reconheça a necessidade de respeitar as opções do constituinte e do legislador democrático.

<sup>15</sup> Ressalta Roque Antonio Carrazza que “o princípio constitucional deve ser continuamente ‘construído’ (ou, se preferirmos, ‘descoberto’) pelo aplicador e pelo intérprete, a partir dos valores consagrados no ordenamento jurídico como um todo considerado. Do contrário, com o tempo, fragiliza-se a própria vontade da Constituição” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54).

legislador é reduzido, pois as regras que podem ser abarcadas pela projeção normativa estão delineadas (mas não pré-determinadas) pelo significado do enunciado principiológico. O juiz pode acessar diretamente o princípio, projetando-o normativamente, quando não há desenvolvimento legislativo que apresente uma regra para o caso em apreciação.<sup>16</sup>

Os princípios são concretizados pelo legislador ou pelo juiz, não pela criação de um direito novo, mas pela derivação de comandos normativos específicos a partir do leque de possibilidades estabelecido pelos próprios princípios. A preferência para a concretização, no entanto, é do legislador, e sempre há um conteúdo mínimo a ser respeitado.

Essa distinção entre valores e princípios precisa ser mais esclarecida. Para Manuel Aragon, os valores não estabelecem, não predizem o conteúdo da sua projeção normativa. Já os princípios são “*fórmulas de derecho fuertemente condensadas que albergan en su seno indicios o gérmenes de reglas*”. “*Las reglas derivadas de un principio están indeterminadas en él, pero son ‘predictibles’ en términos jurídicos*”. O Poder Judiciário atua no controle da discricionariedade do legislador, mas não pode inventar uma regra jurídica, embora possa “descobri-la” a partir da formulação do princípio.<sup>17</sup>

As regras também orientam ações e decisões, mas indicam uma consequência jurídica determinada. Derivam dos princípios como esses dos valores, em uma relação de inferência.<sup>18</sup> A regra deve remeter-se a um princípio para sua justificação; caso seja contrária a um princípio, antes de inconstitucional, a regra é “intrinsecamente irracional, arbitrária, ou manifestamente injusta”.<sup>19</sup>

A compreensão exposta pela pesquisa não se coaduna com a visão de Robert Alexy e de Ronald Dworkin em relação à teoria dos princípios. A visão de que o princípio se diferencia da regra porque essa se aplica segundo uma lógica do *tudo ou nada*<sup>20</sup> ou porque o

---

<sup>16</sup> ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 8, v. 24, p. 9-45, sep./dec. 1985, p. 26.

<sup>17</sup> Ibid., p. 28.

<sup>18</sup> Assim exemplifica Gustavo Zagrebelsky: “*La regola che vieta la tortura presuppone il principio dell’intangibilità della dignità della persona e quest’ultimo rinvia alla persona umana come valore*”. E adiante: “*In astratto, si può dire che non c’è regola che non risponda a un principio che non si colleghi a un valore. Il principio è il medium nel quale troviamo un’apertura ‘morale’ al valore e un’apertura ‘pratica’ alla regola*”. E, mais enfaticamente, afirma que a congruência entre valores-princípios-regras é constitutiva da validade do direito, algo que vem “*prima dello stesso potere di fare una costituzione*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*. Op. cit., p. 877). Acentua Ruy Samuel Espíndola que “as regras são concreções dos princípios; são especificações regulatórias desses; são desdobramentos normativos dos mesmos” (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75).

<sup>19</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*. Op. cit., p. 877.

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1978]. Para o autor, princípio é “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”, e se diferencia logicamente da regra. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada” e dos princípios não decorrem automaticamente consequências jurídicas (p. 36 e 39-40). Na leitura de

princípio configura um *mandado de otimização*<sup>21</sup> não corresponde à visão aqui compartilhada da função dos princípios. Pela leitura de Alexy e Dworkin, o comando constitucional constante no artigo 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – configuraria regra: não há possibilidade de sua aplicação ser “ponderada” com outras normas, e sua lógica é de obediência ou desrespeito ao comando. Na leitura aqui desenvolvida, o dispositivo normativo corresponde a um princípio, que deriva de um valor (a liberdade) e estrutura todo o desenvolvimento das regras jurídicas que a ele se vinculam (o Direito Penal, no exemplo apresentado).

Há, portanto, uma noção distinta de princípio que perspassa esta pesquisa.<sup>22</sup> Nesta perspectiva não há conflito entre os princípios, pois seu significado e seu alcance são determinados concomitantemente, a partir do significado e do alcance dos demais. E os princípios são o fundamento do sistema jurídico.

Com Geraldo Ataliba, “[o]s princípios são a chave e essência de todo o direito. Não há direito sem princípios. As simples regras jurídicas de nada valem se não estiverem apoiadas em princípios sólidos”. E os princípios constitucionais são intangíveis, são inalcançáveis até pelo poder de reforma da Constituição.<sup>23</sup> Para Ataliba, os princípios qualificam a ordenação jurídica, dando à comunidade estatal uma determinada fisionomia político-social.<sup>24</sup> Assim também em Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios, sobre serem normas, conferem a

---

Gianluigi Palombella, princípios em Dworkin são tanto os direitos morais dos indivíduos como os marcos “da normatividade expressa na totalidade do sistema interpretado à luz da tradição constitucional”, que servem de limites ao poder (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Op. cit., p. 329 e 336-337). Herbert L. A. Hart critica a visão de Dworkin, afirmando que a regra nunca traz todos os elementos para a decisão do caso: “a função da regra é determinar apenas as condições gerais que as decisões jurídicas correctas devem satisfazer”. As regras não funcionam na lógica do tudo ou nada, pois podem ser afastadas apenas em um caso concreto, sem perder sua validade (HART, Herbert L. A. Pós-escrito. In: \_\_\_\_\_. *O conceito de Direito*. 4. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1994], p. 299-339, p. 320 e ss).

<sup>21</sup> Para o autor, “*principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities*” (ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, New York, n. 3, p. 572-581, 2005, p. 573; ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 [1986]). A efetivação dos princípios, conforme sua compreensão esposada neste trabalho, não pode depender das “possibilidades jurídicas e fáticas”.

<sup>22</sup> A noção de princípio, neste trabalho, é aquela apontada tradicionalmente pela literatura jurídica brasileira, como afirma Luís Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 612). O autor assinala as diferenças entre as concepções de Alexy e Dworkin e a compreensão aqui compartilhada e utiliza o mesmo exemplo da legalidade em matéria penal.

<sup>23</sup> ATALIBA, Geraldo. Mudança da Constituição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 86, p. 181-186, abr./jun. 1988. Com Sebastião Alves dos Reis, os princípios do Estado Democrático de Direito “iluminam” a Constituição (REIS, Sebastião Alves dos. Comentários sobre princípios constitucionais fundamentais. In: VELLOSO, Carlos Mários da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais*. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005, p. 929-936, p. 936).

<sup>24</sup> ATALIBA, Geraldo. *A lei complementar na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 23.

direção do sistema jurídico e quem o ofende ou desconsidera na interpretação de uma norma prática “um ato de subversão”.<sup>25</sup>

Todos os princípios constitucionais estruturantes, gerais e setoriais, estão para além da possibilidade de sua alteração pelos poderes constituídos. Em seu conjunto, tais princípios dão identidade à Constituição e alterá-los implica modificar a essência da Constituição. Afastando-os ou reduzindo-os, a Constituição passa a ser outra.

Entre as funções dos princípios, destaca Romeu Felipe Bacellar Filho, está a “orientação ao legislador na elaboração de leis adequadas, e necessário indicativo para a correta interpretação do ordenamento jurídico”.<sup>26</sup>

Não há mais questionamento sobre a normatividade dos princípios jurídicos no chamado pós-positivismo.<sup>27</sup> São normas jurídicas, que identificam valores ou fins, revelando um conteúdo axiológico ou uma decisão política, como afirmam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos.<sup>28</sup>

O sistema jurídico é um sistema aberto de regras e princípios, todos dotados de normatividade.<sup>29</sup> Os princípios informam a leitura adequada das normas jurídicas.<sup>30</sup> São eles que “dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos”.<sup>31</sup> Também dão o sentido do texto constitucional: “a interpretação da Constituição é dominada pela força dos princípios”.<sup>32</sup> Os princípios têm eficácia direta (incidência imediata sobre o caso), eficácia interpretativa (dão o sentido e o alcance do significado possível das normas

---

<sup>25</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Considerações em torno dos princípios hermenêuticos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 21, p. 141-147, jul./set. 1972, p. 144. Assim também a posição de Wagner Balera, para quem os princípios formam “como que uma frente comum apta a nortear o intérprete em todas as direções para as quais pretenda se dirigir” (BALERA, Wagner. O princípio fundamental da promoção do bem de todos. In: VELLOSO, Carlos Mários da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais*. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005, p. 989-998, p. 994).

<sup>26</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23. André Ramos Tavares também acentua a função dos princípios como vetores da interpretação (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 100).

<sup>27</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. Op. cit., p. 75

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 327-378, p. 340.

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1085.

<sup>30</sup> Gustavo Zagrebelsky afasta a compreensão do positivismo tradicional que atribui aos princípios apenas uma função secundária, para corrigir ou integrar as regras jurídicas, afirmando que constitui uma “intrínseca contradição de destinar às normas de maior densidade de conteúdo – os princípios – uma função puramente acessória da que desempenham as normas cuja densidade é menor – as regras –.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 7. ed. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta Editorial, 2007 [1992], p. 117).

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209.

<sup>32</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 167.

jurídicas) e eficácia negativa (afastam a aplicação de normas em desconformidade com seu comando).<sup>33</sup>

A questão sobre a concretização dos princípios, pela determinação do seu significado e de seu alcance, encontra-se no centro da tensão entre democracia e jurisdição constitucional.<sup>34</sup> Ainda que não se possa negar a necessidade de reservar ao Poder Judiciário a capacidade de dar um conteúdo concreto aos princípios para sua aplicação a um caso concreto (sob pena de enfraquecer a normatividade dos princípios), deve-se reconhecer a primazia do consenso democrático na concretização dos princípios, quando do seu adequado e consistente desdobramento em outros princípios e em regras constitucionais e infraconstitucionais.

Os princípios podem se configurar como princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. Os princípios políticos constitucionalmente conformadores “explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”, revelando as opções políticas nucleares. Neles estão incluídos os princípios definidores da forma de Estado, os princípios estruturantes do regime político e os princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política, e, entre esses, os princípios eleitorais. Os princípios são densificados por princípios constitucionais gerais e estes por princípios constitucionais especiais, que são, por sua vez, densificados por regras. Assim, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio democrático é condensado pelos princípios da soberania popular, da separação e interdependência dos órgãos de soberania, da participação democrática dos cidadãos e do sufrágio universal. Este último princípio constitucional geral é “concretizado pelos princípios da liberdade de propaganda, igualdade de oportunidades e imparcialidade nas campanhas eleitorais”, princípios constitucionais especiais.<sup>35</sup>

O princípio democrático se relaciona com o direito de sufrágio, e este se conforma pelos princípios da universalidade (em relação ao voto e à elegibilidade), da imediaticidade<sup>36</sup> (o cidadão dá a primeira e a última palavra), da liberdade de voto (que também se revela no

---

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 318-320.

<sup>34</sup> Tensão invencível (definitivamente, mas que exige respostas provisórias) de uma oposição inconciliável, segundo Vera Karam de Chueiri (CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Direito e discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 161-171, p. 169-170).

<sup>35</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1090-1100.

<sup>36</sup> Canotilho analisa o abandono do partido pelo representante sob o princípio da imediaticidade, apresentando argumentos nos dois sentidos, sem defender nenhum deles: a favor da manutenção do mandato, o princípio da representação (o deputado é representante do povo e não os partidos – e pode ser, no sistema português, um candidato independente) e a favor da perda de mandato, a renúncia fática ao mandato por parte do representante que abandona o partido (Ibid., p. 295).

princípio do voto secreto), da igualdade de voto (mesmo peso e mesmo valor de resultado<sup>37</sup>), da periodicidade e da unicidade.<sup>38</sup>

Manuel Aragon ressalta que todo o Direito é principialista, mas o Direito Constitucional o é mais fortemente, por conta de seu caráter genérico e seu lugar central, que faz com que seus princípios fundamentais sustentem os demais ramos do Direito.<sup>39</sup>

Tal compreensão dos princípios e do caráter principiológico da Constituição e do ordenamento jurídico não combina com uma concepção puramente procedimental da Constituição: impõe-se o reconhecimento de uma dimensão fortemente material aos princípios constitucionais.<sup>40</sup>

Cabe ressaltar ainda que a Constituição contém espaços para a conformação do legislador. Em algumas matérias, o texto constitucional traz apenas grandes linhas, deixando propositalmente questões para serem debatidas e decididas posteriormente na esfera democrática. Além disso, a utilização de conceitos abertos permite a adaptação da Constituição às mudanças sociais.<sup>41</sup>

No entanto, conforme Konrad Hesse, a Constituição “*establece, con carácter vinculante, lo que no debe quedar abierto*”, como os fundamentos da ordem jurídica, os princípios reitores, a estrutura estatal, as competências de seus órgãos e o procedimento para a tomada de decisões. Isso se considera decidido, fora do alcance do debate político.<sup>42</sup>

Esse desenho do que a Constituição insere no debate democrático e o que ela estabiliza a partir da definição constituinte estabelece os contornos da questão entre o constitucionalismo e a democracia.

---

<sup>37</sup> Nesse ponto, Canotilho proclama a tendencial desigualdade do sistema majoritário quanto ao valor de resultado dos votos, além de afirmar que o princípio da igualdade de voto afasta a possibilidade de adoção de “condicionamento da possibilidade de representação à obtenção de percentagens globais mínimas” (Ibid., p. 297).

<sup>38</sup> Ibid., p. 294-298.

<sup>39</sup> ARAGON, Manuel. *La eficacia jurídica del principio democrático*. Op. cit., p. 14.

<sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. [Anais de teleconferência]. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24-25.

<sup>41</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. cit., p. 18.

<sup>42</sup> Ibid., p. 19.

# 1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 CONSAGRA UM ESTADO DE DIREITO FUNDADO NO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E NO IDEAL REPUBLICANO

Para sustentar a afirmação de que a Constituição de 1988 estabelece um Estado de Direito de cunho democrático e republicano, vale trazer algumas noções sobre a ideia de Constituição, tomada aqui, simultaneamente, como decisão política fundamental<sup>43</sup> e como norma jurídica de hierarquia suprema.<sup>44</sup>

Segundo a teoria do poder constituinte e suas ficções, a Constituição funda o Estado, estabelecendo desde o início, *ab ovo*, uma configuração política a partir da organização do poder e de sua limitação, por meio da garantia de direitos, da estrutura dos órgãos de soberania e da determinação de fins a serem perseguidos tanto pelas autoridades estatais como pela sociedade.<sup>45</sup>

A noção de Constituição se vincula indissociavelmente à noção de liberdade e de liberdades. Sua formulação por um documento solene, escrito e protegido contra alterações cotidianas, revela a intenção de proteção de um conjunto de direitos e garantias, bem como o estabelecimento da organização e do funcionamento do Estado.

Maurizio Fioravanti aponta os distintos modelos teóricos adequados às Constituições que derivaram das Revoluções Francesa e dos Estados Unidos e, posteriormente, do desenvolvimento da noção de Estado de Direito na Europa. Enquanto na primeira pensava-se a liberdade por uma doutrina individualista, estatalista e anti-historicista, na segunda a doutrina combinava elementos individualistas, historicistas e antiestatalistas. O Estado de Direito, pensado a partir do século XIX, afasta o elemento individualista, com a combinação de estatalismo e historicismo.<sup>46</sup>

O historicismo pressupõe um pensamento sobre as liberdades que parte da força imperativa dos direitos, confirmados pelo tempo, pela história, que ficam para além da vontade política contingente. A finalidade da associação política está na proteção das posições

---

<sup>43</sup> SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Tradução: Jeffrey Seitzer. Chicago: Duke University Press, 2008 [1928], § 3.

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1945], primeira parte, capítulo X.

<sup>45</sup> Para Maurice Hauriou, a formação da Constituição vem da virtude jurídica do poder constituinte, combinada com a liberdade dos súditos e com uma ideia objetiva: “*hay una fundación del poder, que realiza una idea objetiva y del cual se han apoderado los ciudadanos en condiciones tales que la fundación no es revocable y que el poder no está ligado por su propia voluntad, sino por la de los súbditos y por el ascendiente de la idea objetiva*” (HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Tradução: Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927, p. 19).

<sup>46</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne*. Le libertà fondamentali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1995, p. 17.

adquiridas historicamente, sem que haja a possibilidade de estabelecer – ignorando os direitos históricos – posições jurídicas iniciais, a partir de um acordo de vontades. Essa concepção não se coaduna com uma noção plena de poder constituinte. Segundo o autor, o modelo individualístico coloca o indivíduo como o titular dos direitos, e tem as constituições como instrumentos para garantir esses direitos e as liberdades individuais. A lei do Estado é a única autoridade reconhecida, pensada a partir do contratualismo. A limitação dos direitos individuais se coloca a partir dos demais direitos individuais e não de uma demanda social. O poder constituinte aparece como originário e fundamental. Finalmente, o estatalismo vê o Estado como condição de nascimento dos direitos e das liberdades. O pacto substitui o contrato e o Estado, que se origina desse pacto, é tomado como absolutamente necessário para a existência do corpo político. O poder e a liberdade nascem juntos, não se contrapõem.<sup>47</sup>

As combinações entre os elementos refletem a concepção de liberdade e de direitos, a noção de Estado e de Constituição. O conteúdo das constituições dá pistas desses modelos e de sua incorporação. O constitucionalismo contemporâneo, compreendido a partir da Revolução dos Estados Unidos, com o estabelecimento de um texto normativo de hierarquia superior em forma de um documento solene, tem como conteúdos necessários aspectos relacionados à limitação e organização do poder e dos órgãos de soberania, com a construção de um Estado cuja ação está vinculada ao Direito.

Eduardo García de Enterría acentua que a noção de Constituição se origina, na Revolução Francesa e na Revolução dos Estados Unidos, com um conteúdo definido e a partir de determinados pressupostos. Sua existência, segundo o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,<sup>48</sup> está vinculada à garantia dos direitos individuais e à separação dos poderes, e sua origem deve ser popular ou comunitária.<sup>49</sup>

Esse sentido perde-se durante quase todo o século XIX. A origem e o conteúdo não mais caracterizam a Constituição, que passa a ser “*como una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamiento*”, em qualquer Estado, em qualquer época e em qualquer regime. O conceito se formaliza e se torna abstrato.<sup>50</sup> A indispensabilidade de determinados conteúdos, no entanto, parece ressurgir na segunda década do século XX, com a compreensão de um Estado vinculado a determinadas tarefas, impostas pelo texto constitucional.

---

<sup>47</sup> Ibid., p. 18-28, 28-41 e 41-49.

<sup>48</sup> Art. 16.º “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983, p. 41.

<sup>50</sup> Ibid., p. 42-43.

Maurice Hauriou aponta três elementos da ordem constitucional – as ideias morais, políticas e sociais; o Direito da Constituição; e a organização constitucional dos poderes – e três crenças constitucionais, crenças político-morais que são a força do sistema constitucional: a ordem individualista (que limita inclusive a soberania do Estado e tem como princípio que “*cada cual viva su vida, con sus riesgos y peligros*”); a doutrina do poder (que o divide em poder minoritário, relacionado com a elite política e com as instituições, e poder majoritário, que extrai sua legitimidade da eleição popular); e a liberdade política (concebida como participação dos cidadãos no poder e não emanção de todos os poderes da nação).<sup>51</sup>

A Constituição, para Karl Loewenstein, deve conter a divisão das tarefas estatais em diferentes órgãos, um mecanismo de cooperação entre os detentores de poder e um para resolver os impasses entre estes (relacionado à soberania popular no constitucionalismo democrático), um método de adaptação às mudanças sociais; e o reconhecimento expresso de uma esfera de autodeterminação individual, com garantias para sua proteção.<sup>52</sup> Georges Burdeau acentua as regras de designação dos governantes previstas no texto constitucional, que conformam a legitimidade dos governantes, instituem sua autoridade e determinam sua competência.<sup>53</sup>

Com a configuração de um modelo de Estado que traz como finalidade a redução das desigualdades sociais, a Constituição passa a incorporar outros elementos, relacionados à garantia de direitos de igualdade. A partir dessa compreensão, não cabe dissociação entre os termos “Estado social”, “democrático” e “de Direito”, assinala Manuel Aragon,<sup>54</sup> pois os elementos dessa fórmula definidora são inter-relacionados e se definem mutuamente.

A Constituição brasileira de 1988 traz, em seu conjunto de decisões políticas fundamentais, os contornos do Estado e da democracia. Estabelece a divisão das tarefas do Estado, os direitos e as garantias individuais, a previsão de sua modificação dentro de determinados limites e as regras para a legitimação do exercício do poder político. Além disso, o texto constitucional apresenta as posições políticas constitutivas,<sup>55</sup> que configuram os

---

<sup>51</sup> HAURIU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Op. cit., p. 12-15, 49, 113, 187 e 203. Para o autor, o poder minoritário limita o poder majoritário, exceto na atuação revolucionária deste, vinculada à legítima defesa, direitos de resistência à opressão e de insurreição e direitos de resistência ativa (p. 204-209).

<sup>52</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976 [1961], p. 153-154. Para o autor, o constitucionalismo representa a exigência de responsabilidade do governo (p. 71).

<sup>53</sup> BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Tradução de Ramón Falcón Tello. Madrid: Editora Nacional, 1981 [1977], p. 79 e 91.

<sup>54</sup> ARAGÓN, Manuel. *La eficacia jurídica del principio democrático*. Op. cit., p. 9-45.

<sup>55</sup> Ronald Dworkin refere-se à noção de teoria política compreensiva como um conjunto sistemático de posições políticas concretas e abstratas, formada por posições políticas constitutivas (valoradas em si mesmo, que podem ser matizadas em face de outra posição política constitutiva) e posições políticas derivadas (que são

contornos do Estado e da concepção de democracia e de república, no preâmbulo<sup>56</sup> e no artigo 1º.<sup>57</sup>

Assim, estabelece o Estado de Direito como fundamento da cidadania contemporânea, uma noção de democracia, uma concepção de representação política, indicando os contornos dessa relação, e um ideal republicano, a partir de uma forte noção de liberdade e de igualdade, com a assunção de direitos e deveres de cidadania.<sup>58</sup> Para Paulo Bonavides, a Constituição é “a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania”.<sup>59</sup>

Trata-se de um Estado de Direito qualificado, que não se harmoniza com qualquer conteúdo legal. Os poderes públicos e os particulares se submetem à lei regularmente elaborada, mas desde que observados os valores e princípios constitucionais, substancialmente considerados. Como afirma Luigi Ferrajoli, essa dimensão qualificada do Estado de Direito importa, também, em uma alteração da natureza da democracia, que passa a ser limitada e completada pelos direitos fundamentais.<sup>60</sup>

Com Jürgen Habermas, o Estado constitucional democrático configura-se como uma ordem desejada pelo povo e legitimada pela sua livre formação de opinião e de vontade, que permite aos destinatários da ordem jurídica se verem como seus autores. A atuação estatal no cumprimento de suas tarefas constitucionais, buscando pelo direito dar conta da desigualdade fática, permite a efetivação igualitária dos direitos. E a amplitude dessa atuação elastece a

---

meios para atingir as posições políticas constitutivas, e que podem ser protegidas e absolutas). DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Tradução: Julio Montero y Alfredo Stolarz. Buenos Aires: La isla de la luna, 2003 [1980/1990], p. 12-15, nr 1.

<sup>56</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

<sup>57</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>58</sup> Renato Janine Ribeiro estabelece uma distinção entre república e democracia: “enquanto a *democracia* tem no seu cerne o anseio da massa por ter mais, o seu desejo de igualar-se aos que possuem mais bens do que ela, e portanto é um *regime do desejo*, a *república* tem no seu âmago uma disposição ao *sacrifício*, proclamando a supremacia do bem comum sobre qualquer desejo particular”. Afirma, no entanto, que só pode haver democracia quando o povo se responsabiliza por suas decisões, o que exige um forte componente republicano. RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000, p. 13-25, p. 18 e 21-22.

<sup>59</sup> BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 520-549, p. 520.

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. Tradução: Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neonconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 13-29, p. 19.

possibilidade de autolegislação democrática, intensificando a capacidade de autocondução da sociedade.<sup>61</sup>

A Constituição passa a incorporar um projeto de ordem política, social e jurídica, que não se mostra neutra e não requer obediência em face de sua forma, mas “diretamente em virtude da afirmação de um quadro de valores que interpreta o tecido íntimo da sociedade”.<sup>62</sup> Não se trata, no entanto, de plasmar no texto constitucional um ideal de vida boa e impor aos cidadãos. Há, republicanamente, a escolha de valores objetivos, que permite que o indivíduo possa realizar seus projetos e levar a sua vida, desde que não impeça os demais sujeitos de igualmente o fazerem.<sup>63</sup>

A Constituição deve assegurar a garantia dos direitos fundamentais de qualquer pessoa, indo além da representação de uma pretensa vontade geral ou de um segmento dela.<sup>64</sup> Como aponta Luigi Ferrajoli, a Constituição serve para garantir o direito de todos, até mesmo diante da vontade popular, para assegurar a convivência entre interesses diversos em uma sociedade heterogênea.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional e o futuro da democracia. In: \_\_\_\_\_. *A Constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. Tradução: Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 75-142. Para o autor, em uma democracia informada pela ética discursiva, “só podem requerer validação normas que possam contar com a concordância de todos os envolvidos como partícipes de um discurso prático”. E impõem-se condições para o discurso: o acordo deve ser motivado por razões epistêmicas, não pode haver coação na aceitação das consequências presumíveis e dos efeitos secundários, todos devem poder apresentar seus argumentos e a argumentação deve ser dar de maneira honesta (HABERMAS, Jürgen. Uma visão genealógica do teor cognitivo da moral. In: \_\_\_\_\_. *A Inclusão do outro*: Estudos de teoria política. Tradução: Paulo Astor Soethe e George Sperber. São Paulo: Loyola, 2004 [1996], p. 13-62, p. 49 e 58-60). Explica Celso Luiz Ludwig: “O fundamento da ética discursiva habermasiana tem em conta que somente interesses universalizáveis podem servir de base para a justificação de normas. A ética discursiva parte do suposto de que as normas são racionalmente validáveis. São válidas as normas sobre as quais há consenso, obtido por meio do discurso prático. Não se trata, no entanto, de qualquer forma de consenso. Será fundado o consenso obtido nos termos do critério de universalização” (LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 110-111).

<sup>62</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Op. cit., p. 181.

<sup>63</sup> Para Emerson Gabardo, a Constituição de 1988 traz um ideal de vida boa, relacionado à felicidade dos indivíduos e garantido por uma série de dispositivos constitucionais, como o que prevê o salário mínimo e a prestação de serviços pelo Estado. Esse ideal, no entanto, não ofende a liberdade do indivíduo, pois se baseia em conceitos e valores objetivos (GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 325-372).

<sup>64</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios constitucionais fundamentais – uma digressão prospectiva. In: VELLOSO, Carlos Mários da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais*. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005, p. 327-342, p. 333.

<sup>65</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. Tradução: Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 13-29, p. 28.

## 1.1 UMA NOÇÃO DE DEMOCRACIA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 traz uma concepção de democracia, com contornos singulares, que se marca profundamente pelas noções de liberdade e igualdade, pela soberania popular e pelo pluralismo político. Não descarta do ideal republicano, da noção de interesse público e da responsabilidade dos cidadãos pelas decisões políticas, tomadas diretamente ou pela atuação dos representantes.

A democracia na Constituição, ressalta Carlos Ayres Britto, é princípio, meio e fim. Como princípio, está revelada no artigo 1º.<sup>66</sup> Sua instrumentalização reside no artigo 2º.<sup>67</sup> Seu fim, seu escopo, resta no artigo 3º da Carta.<sup>68</sup> É valor continente, que repassa seu conteúdo para as demais normas constitucionais.<sup>69</sup>

A partir do desenho constitucional, pode-se combinar na apreciação da democracia brasileira as noções de Ronald Dworkin e de Carlos Santiago Nino. Para Dworkin,<sup>70</sup> a democracia exige, em primeiro lugar, tratamento dos cidadãos com igual respeito e consideração e a possibilidade de que cada um tenha seus juízos próprios de moralidade pessoal. A democracia implica uma ação coletiva que não se confunde com ações individuais, mas que exige a consciência individual de pertencimento ao grupo, a quem a ação é imputada.<sup>71</sup> As decisões do grupo não são formadas a partir da leitura individual de cada cidadão, dos seus desejos e preferências.

Tal leitura é bastante adequada à democracia constitucional brasileira. O valor da igualdade e da liberdade, com os princípios normativos deles derivados e as inúmeras regras constitucionais que os concretizam demonstram essa noção. Não há um projeto de vida boa adotado pelo Estado que exclua os projetos pessoais de vida, impondo uma visão

---

<sup>66</sup> Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>67</sup> Art. 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

<sup>68</sup> Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>69</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Democracia como princípio, meio e fim*. Palestra proferida na Jornada jurídica em homenagem ao professor Jorge Miranda: os 20 anos da Constituição Brasileira de 1988, Brasília, 03 out. 2008.

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Op. cit. Mais precisamente no artigo *Igualdad, Democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los estrados*.

<sup>71</sup> Essa noção ajusta-se com a noção de cidadão de Clèmerson Merlin Clève, não como aquele que pode votar e ser votado, mas “o sujeito, aquele ser responsável pela história que o envolve”, que é ativo, reivindicante (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. Op. cit., p. 16).

perfeccionista. Ao mesmo tempo, de maneira complementar, a Constituição evidencia um conteúdo republicano, que parte de uma comunidade de pessoas que partilham o mesmo passado e o mesmo destino e que, portanto, impõe solidariedade e responsabilidade pelas decisões coletivas. Ou seja, a Constituição não possui uma concepção axiológica totalizante, mas contempla um projeto de alteração da realidade.<sup>72</sup>

A essa noção pode ser agregada a concepção deliberativa da democracia epistêmica de Carlos Santiago Nino,<sup>73</sup> também consistente com o texto constitucional. A justificação moral da democracia reside em seu poder de transformar os interesses das pessoas de um modo moralmente aceitável, entendendo a deliberação coletiva como capaz de alterar os interesses individuais.<sup>74</sup> Tal configuração democrática exige que todas as partes interessadas participem na discussão e na decisão, de maneira razoavelmente igual e sem coerção, em que possam expressar seus interesses e justificá-los com argumentos genuínos; que o grupo tenha uma dimensão apropriada para permitir a maximização da probabilidade de um resultado correto; que as maiorias e minorias se formem a cada matéria discutida e nenhuma minoria reste isolada; e que os indivíduos não se encontrem sujeitos a emoções extraordinárias.<sup>75</sup>

Nino aposta no caráter moral da democracia, a partir de conteúdos morais e de procedimentos deliberativos também configurados como morais.<sup>76</sup> E ambos os autores retiram parte do conjunto normativo superior do alcance das maiorias democráticas.

A Constituição brasileira de 1988 apresenta os contornos dessas condições da democracia: a configuração dos direitos políticos e das liberdades políticas, com o sufrágio universal e com os instrumentos de participação direta, a adoção de princípios que impõem a igualdade na disputa eleitoral, a liberdade para a criação de partidos políticos e a garantia do

---

<sup>72</sup> Para Emerson Gabardo, esse projeto contém uma proposta de felicidade para todos os seres humanos. A felicidade, fundamento político do Estado e fim característico do Estado social contemporâneo, deve ser objetivamente considerada (GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Op. cit.).

<sup>73</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996.

<sup>74</sup> Daí sua ênfase no caráter epistêmico da democracia. Em Nino, “[l]a democracia tendría un valor intrínseco no por lo que *es*, sino por lo que *permite conocer*” (GREPPI, Andrea. Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino. In: ROSENKRANTZ, Carlos; VIGO, Rodolfo L. (Comp.). *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*. Ciudad de Mexico: Fontamara, 2008, p. 229-259, p. 242). Essa compreensão de democracia afasta a afirmação de Herbert L. A. Hart de que as regras ou princípios jurídicos cujo conteúdo seja moralmente iníquo possam ser válidos (HART, Herbert L. A. Pós-escrito. In: \_\_\_\_\_. *O conceito de Direito*. 4. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1994], p. 299-339, p. 331).

<sup>75</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op. cit., p. 180.

<sup>76</sup> Roberto Gargarella defende a democracia deliberativa, afirmando que ela impõe o tratamento de todos como igual consideração e assim favorece a tomada de decisões imparciais, valorando o processo que antecede a decisão (GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 157-158).

acesso direto de antena e ao fundo partidário, o sistema eleitoral proporcional e a divisão federativa das atribuições.<sup>77</sup>

A democracia deve ser entendida como um método – o melhor – para, mediante o diálogo, transformar os interesses particulares em preferências imparciais<sup>78</sup> e, a partir da sua adoção pelo constituinte, como um princípio normativo que condiciona a legitimidade do poder político à busca de fins e à realização de valores determinados pela Constituição e a sua legitimação à observância de regras e procedimentos.<sup>79</sup>

Para a concepção de democracia aqui compartilhada, a participação direta dos indivíduos na tomada de decisões políticas é obrigatória sempre que possível, para minimizar as distorções da representação e o hiato no processo de deliberação.<sup>80</sup> Mas não se ignora que os dois componentes principais da democracia contemporânea são os partidos políticos e as eleições periódicas.<sup>81</sup>

A democracia, apontam Fátima Anastasia, Carlos Ranufo Melo e Fabiano Santos, “supõe um poder responsivo ao interesse público (dimensão da *responsiveness*) e um poder que é exercido em público e, por consequência, passível de controle público (dimensão da *accountability*)”. Para os autores, três são os atributos da ordem democrática: estabilidade, *accountability* e representatividade.<sup>82</sup>

O Direito e a política são intimamente relacionados com a moral, não apenas na aplicação das normas a partir da construção das proposições para um raciocínio

---

<sup>77</sup> Carlos Santiago Nino apresenta os obstáculos à implementação da democracia deliberativa – a estrutura exclusivamente representativa, a apatia política, a baixa qualidade do debate público, a dispersão da soberania causada pela descentralização, a intermediação imperfeita dos sistemas eleitorais, o sistema presidencialista e o exagero no controle judicial da constitucionalidade. Apresenta como solução a adoção de instrumentos de democracia direta não reduzidos a respostas monossilábicas, com a redução das unidades políticas, a exigência de participação política (sem ser excessiva para não implicar uma visão perfeccionista de virtude cívica), proibição absoluta do financiamento privado e garantia de acesso aos meios de comunicação), tomada de decisão em âmbito local e implementação em nível federal, a mudança para o parlamentarismo e a redução do controle judicial de constitucionalidade à proteção das condições do procedimento democrático, da autonomia pessoal e da constituição histórica, ou prática social constitucional (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op., cit., p. 202-293). Não se defendem aqui alterações na configuração constitucional da democracia brasileira, pois parte-se do desenho constituinte para se evidenciar os princípios constitucionais estruturantes do Direito eleitoral.

<sup>78</sup> Ibid., p. 202. Por assumir o caráter deliberativo da democracia brasileira, com todas as suas condições e exigências, afastam-se as leituras elitistas da democracia, que veem a democracia como uma competição entre elites, embora não necessariamente a propugne, bem como aquelas que defendem o papel fundamental dos partidos políticos na deliberação democrática.

<sup>79</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 281.

<sup>80</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op. cit., p. 204-205.

<sup>81</sup> ABAL MEDINA, Juan. *La muerte y la resurrección de la representación política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 14.

<sup>82</sup> ANASTASIA, Fátima; MELO, Carlos Ranufo; SANTOS, Fabiano. *Governabilidade e representação política na América do Sul*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 11 e 15. As noções de *responsiveness* e *accountability* não possuem uma tradução em português. *Responsiveness* se relaciona à capacidade de responder a demandas e *accountability* se refere à possibilidade de controle e fiscalização.

justificatório,<sup>83</sup> mas também na determinação do conteúdo do Direito do Estado, pois a justificação da Constituição depende de seu conteúdo refletir princípios morais.<sup>84</sup>

A enumeração dos objetivos da República Federativa do Brasil, no artigo 3º do texto constitucional, aponta para a adoção de princípios morais, relacionados à liberdade, à justiça, à solidariedade,<sup>85</sup> à igualdade e à dignidade. De igual forma o fazem o preâmbulo, o artigo 1º, o artigo 5º e seus incisos e outras disposições constitucionais que justificam o reconhecimento da Constituição como norma jurídica máxima. Há compartilhamento de uma moralidade, mas de uma moralidade objetiva, relacionada aos valores públicos, sem que isso derive da imposição estatal de um conteúdo específico.

A democracia não aniquila o espaço de autonomia individual. Antes o garante, ao permitir que, democraticamente, o cidadão possa se expressar no debate político e expor – ou não – suas convicções pessoais a respeito do que deve ser o conteúdo da ordem jurídica e da atuação do Estado. A exigência da responsabilidade pelas decisões tomadas pela sociedade não é uma ofensa à autonomia – faz parte do ideal republicano, da ação coletiva comum.

A concepção democrática tampouco abarca todas as opções e possibilidades individuais. O debate político e a definição por decisões coletivas limitam-se às instituições e prescrições de condutas necessárias para a convivência social que assegure tratamento com igual consideração e respeito a todos os cidadãos.<sup>86</sup> Há, portanto, questões que não são – e não podem ser – colocadas no debate democrático. Há temas que a deliberação democrática não alcança, pois estão para além do espaço de determinação coletiva.

As práticas democráticas não asseguram por si a legitimidade das decisões políticas. A decisão não se legitima apenas pelo seu procedimento, embora a atenção ao método democrático de tomada de decisões políticas exigido pela Constituição seja elemento essencial. Os indivíduos mantêm liberdades e garantias, um espaço de escolha, cujo conteúdo e alcance não são passíveis de deliberação, cuja proteção e intangibilidade são alheias às maiorias democráticas.

---

<sup>83</sup> NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Op. cit., p. 87-100.

<sup>84</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op. cit., p. 44-45.

<sup>85</sup> Compreende-se aqui a solidariedade de maneira objetiva, com o cumprimento de deveres jurídicos, exigindo-se do cidadão menos do que a incorporação de um sentimento solidário pessoal. Não se compartilha a visão de Sérgio Luiz Souza Araújo, assim exposta: “Para a construção da sociedade fraterna, mister se faz, em primeiro lugar, que o indivíduo crie uma espécie de justiça interior, institucionalizada, obrigatória, que torne efetiva a solidariedade, isto é, que procure vencer em si mesmo o egoísmo e a avareza” (ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 143, jul./set., p.5-14, 1999, p. 11).

<sup>86</sup> Dicção de Ronald Dworkin. DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Op. cit., p. 21.

Assim também se configuram as decisões políticas estruturantes na instituição de um Estado democrático. Essas disposições constitucionais estruturais, que estabelecem de forma democrática e com conteúdo democrático a organização do Estado e dos órgãos de soberania, as tarefas estatais, o estatuto de direitos e garantias e os princípios da disputa democrática, garantem e fortalecem a democracia. Devem ser protegidas das maiorias eventuais, por serem compartilhadas pelos membros da sociedade e refletirem ideais comuns e por permitirem a produção e manutenção do povo – como agente comunitário integrado – formado por cidadãos iguais.<sup>87</sup>

Essa noção permite combinar os três elementos do constitucionalismo em um sistema de apoios recíprocos. O processo democrático, o respeito aos direitos individuais e a preservação da prática jurídica não se encontram em tensão, mas se complementam e fortalecem: a discussão moral, base do processo democrático, tem como pressupostos a autonomia, a inviolabilidade e a dignidade e gera uma constituição ideal de direitos densa que permite maximizar o valor epistêmico da democracia; assim também a proteção à prática constitucional assegura a eficácia das decisões democráticas e garante os direitos reconhecidos por essa prática e pelas decisões, bem como a discussão coletiva e o respeito aos direitos geram um consenso que promove a prática constitucional.<sup>88</sup>

A Constituição traz em si esses elementos, permitindo, e até certo ponto promovendo, o constitucionalismo assim concebido. As condições normativas estão postas. A realidade, possivelmente por uma falta de identificação do autor com a sua obra, do povo com a Constituição, e pela fraca percepção do papel normativo do texto constitucional, ainda não se mostra assim.

A democracia constitucional brasileira não se caracteriza simplesmente pela identificação com a vontade da maioria.<sup>89</sup> Ainda que adote, nas hipóteses de decisões políticas submetidas ao debate público, a regra da maioria – e algumas vezes exija uma maioria qualificada para determinadas matérias – a Constituição não se contenta com esse mecanismo. Parte de uma democracia inclusiva, evidenciada pelo princípio do pluralismo político (e pelo

---

<sup>87</sup> Ibid., p. 45, 51 e 64.

<sup>88</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op. cit., p. 296-303. Assim também para Ronald Dworkin, que vê em sua concepção *communal* de democracia a harmonia entre a exclusão de determinadas matérias da arena política e a democracia (DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Op. cit., p. 78).

<sup>89</sup> Stephen Holmes afirma que a democracia não se identifica com a imposição da vontade majoritária, mas revela-se como o governo por discussão pública, constituída pelo dissenso público. A vontade democrática – e, portanto, soberana – é a que deriva de um debate robusto e aberto, no qual a oposição tenha participação efetiva na defesa de seus pontos de vista (HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 217-262, p. 254-255).

consequente pluralismo partidário) e pela adoção do sistema eleitoral proporcional, que impõe a convivência institucional de distintos modos de pensar e garante um espaço político efetivo para as concepções de vida não hegemônicas.

A democracia brasileira demonstra-se capaz de realizar suas promessas deliberativas. Para Fávila Ribeiro, a noção de democracia vinculada à participação exige “um direito de se fazer ouvir e com uma possibilidade real de acolhimento da opinião exposta”, sob pena de se tratar de “um compromisso falacioso e de uma ignóbil fraude nos enunciados políticos”.<sup>90</sup> A Constituição brasileira assim configura o regime democrático, permitindo a participação das minorias no debate político e nas instituições e promovendo a convivência de discursos dissonantes sobre o que está para além dos princípios estruturantes do Estado brasileiro.

Além desse aspecto fundante da forma de convivência da sociedade brasileira e da determinação dos limites do poder público e da própria ordem jurídica, a democracia também se reflete em um princípio jurídico.

Para Manuel Aragon, o princípio democrático atua como princípio material e como princípio estruturante: a democracia material é complementada pela democracia procedimental. É o princípio mais fundamental de todos,<sup>91</sup> e é, ao mesmo tempo, um princípio sobre a Constituição (que “juridifica” a democracia e exige procedimentos democráticos para sua alteração), um princípio jurídico da Constituição (que “juridifica” o poder constituinte e a soberania popular, com conotação procedimental) e um princípio jurídico na Constituição (onde atua como princípio de legitimidade, de caráter material – em relação aos direitos fundamentais – e estrutural – quando se refere à divisão dos poderes, à composição e eleição dos órgãos representativos –, revelando-se suporte de validade da Constituição e núcleo de compreensão do texto constitucional e diretriz do ordenamento jurídico).<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> RIBEIRO, Fávila. Pressupostos constitucionais do direito eleitoral brasileiro no caminho da sociedade participativa. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, p. 14-58, p. 16. Essa a noção de bom governo de John Stuart Mill: em que a soberania está na comunidade, em que cada cidadão é chamado a participar das decisões políticas e da gestão da coisa pública. A atuação ativa dos cidadãos é incentivada no governo de muitos, a liberdade é fortalecida quando ninguém é tratado com privilégio e o espírito republicano é alimentado pelas oportunidades de exercício de função social/pública, pela atribuição de obrigações públicas (MILL, John Stuart. *Governo Representativo*. Tradução: E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964 [1861], p. 39 e 46-49).

<sup>91</sup> Segundo Carlos Ayres Britto, o princípio da democracia é um megaprincípio, o valor-dos-valores, o valor-síntese da Constituição (BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 181-186).

<sup>92</sup> ARAGON, Manuel. *La eficacia jurídica del principio democrático*. Op. cit., p. 29-31. O autor ressalta a imbricação entre forma e conteúdo democráticos, a dimensão instrumental e a dimensão substantiva da democracia: “*La dimensión material de la democracia incluye, inexorablemente, a los dos valores materiales que la Constitución proclama (libertad e igualdad), sin cuya realización (siempre inacabada y siempre en tensión, pero que siempre también ha de ser ‘pretendida’) no alcanzan efectivamente las garantías procedimentales u organizativas, o, si se quiere, la dimensión estructural de la democracia*” (p. 32).

Segue Aragon afirmando três âmbitos de eficácia jurídica do princípio democrático: ele atua como vetor no desenvolvimento da Constituição e na interpretação do ordenamento jurídico como princípio geral-global; como princípio geral-setorial, como corolário do princípio geral-global, também baliza a interpretação e serve como razão para afastar normas contrárias;<sup>93</sup> e, na sua aplicação a organizações não públicas, como partidos e sindicatos, o princípio se manifesta em sua dimensão estrutural, mas não impõe aos particulares a sua dimensão material.<sup>94</sup>

Essa última noção não se coaduna com uma leitura mais ampliada dos princípios estruturantes e dos fundamentos da ordem constitucional. Não parece ter razão o autor em relação ao tratamento dado à última hipótese. Nem os partidos políticos, nem sindicatos, nem outras organizações privadas que cumprem função pública podem se furtar à plena observância do conteúdo do princípio democrático – a elas também se estendem a realização dos valores da liberdade e da igualdade. Trata-se da eficácia horizontal do princípio democrático em sua inteireza.

A leitura do princípio democrático, considerado juridicamente, se identifica, para Jorge Reis Novais, com a premissa majoritária (“legitimação do título e exercício do poder político a partir da livre escolha maioritária do eleitorado”) e a de parceria (“a todos os cidadãos é dada a oportunidade de se constituírem em parceiros activos e iguais de um autogoverno colectivo”). As premissas devem ser combinadas, de maneira que nem sempre prevaleça a decisão da maioria e que as posições mais frágeis não sejam simplesmente opostas à maioria, mas tenham garantida sua escolha pessoal de modo de vida.<sup>95</sup>

Essa concepção se coaduna perfeitamente com o contorno constitucional da democracia brasileira, e com as concepções de Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino. Uma democracia que parta da liberdade e da igualdade, que compartilhe valores públicos, mas não imponha concepções particulares de vida, que incorpore uma noção de solidariedade, sem aniquilar a autonomia individual dos cidadãos.

Ainda que a democracia brasileira, conforme o texto constitucional, pressuponha um cidadão republicano e solidário, que se responsabilize pelo destino político da coletividade,

---

<sup>93</sup> Nesse ponto Manuel Aragon se refere à Sentença 32/85 do Tribunal Constitucional Espanhol, que, em seu fundamento jurídico 2, extrai do princípio do pluralismo democrático a necessária composição proporcional das comissões informativas municipais para o resguardo dos direitos das minorias, acentuando a possibilidade de projeção normativa dessa dimensão do princípio democrático pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário (Ibidem, p. 35).

<sup>94</sup> Ibid., p. 33-36.

<sup>95</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 32-35.

que se comprometa com a política e participe ativamente, que tenha interesse e espírito público,<sup>96</sup> não lhe exige mais que uma virtude pública, decorrência do princípio republicano.

A democracia brasileira não é puramente representativa, embora seja esta a sua tônica. A Constituição prevê formas institucionais de representação direta, algumas um tanto retóricas, mas permite a criação de outras formas de intervenção cidadã na tomada de decisões políticas.

As previsões de participação direta pela Constituição, nos incisos do artigo 14, são, pela configuração constitucional e pela prática política, pouco mais que veleidades. O plebiscito e o referendo, consultas populares, dependem da vontade da representação política. A iniciativa popular de leis exige um consenso popular bastante superior ao necessário para a eleição de um representante. A efetivação prática desses chamados institutos de democracia direta bem demonstra a sua inocuidade.<sup>97</sup>

A Constituição prevê outras formas de participação popular na vontade política, relacionadas à Administração Pública,<sup>98</sup> bem como permite a criação de outros instrumentos.<sup>99</sup> A efetividade desses instrumentos, no entanto, dependem de maneira acentuada da incorporação do ideal republicano pelos cidadãos.

Pode-se afirmar, com Reinhold Zippelius, que a extensão e a complexidade da organização estatal levam à exigência da democracia representativa. A adoção da representação política apresenta vantagens teóricas, com ganhos em capacidade de ação, racionalidade<sup>100</sup> e controlabilidade (ainda que condicionada à publicidade dos debates parlamentares e limitada à confirmação da confiança em futura eleição),<sup>101</sup> que convivem com fortes elementos oligárquico-elitistas.<sup>102</sup>

---

<sup>96</sup> Do que dependem as instituições políticas, para John Stuart Mill (MILL, John Stuart. *Governo Representativo*. Op. cit., p. 7-9).

<sup>97</sup> Sobre o assunto ver SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

<sup>98</sup> Conferir SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>99</sup> Dedicou-se ao tema, em pesquisa de mestrado e doutorado, Marcelo Minghelli. (MINGHELLI, Marcelo. *O Orçamento Participativo na Construção da Cidadania*. Curitiba, 2004. 131f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná; MINGHELLI, Marcelo. *Estado e Orçamento: uma cartografia jurídico-política para a consolidação de um orçamento democrático*. Curitiba, 2009. 216f. Tese (Doutorado em Direito do Estado), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná).

<sup>100</sup> O autor, no entanto, afirma que a prática parlamentar desmente essa vantagem: não se verifica no debate parlamentar a busca por uma solução racional e racionalmente construída, observando-se uma postura de defesa ou ataque ao governo, não importa a matéria em debate, ou a preservação de carreiras políticas e de ambições eleitorais (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Tradução: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 [1994].p. 234-235).

<sup>101</sup> Há, no entanto, uma “retroação” democrática da ação representativa quando o povo decide de tempos em tempos, em intervalos curtos, sobre a continuidade de atuação dos representantes (em nova nomeação) ou sobre assuntos específicos. Essa retroação não é eficaz quando determinados temas são excluídos dos debates

Essa leitura favorável à democracia representativa também é feita por Norberto Bobbio. A democracia representativa seria uma maneira de institucionalizar o conflito, permitindo que as diferentes concepções de vida possam participar em condições adequadas da formação da vontade política, sem o apelo plebiscitário às escolhas entre o sim e o não, que não importam em responsabilidade dos cidadãos, limitados em sua escolha que sequer necessita justificação, nem em responsabilidade dos governantes, que se apoiam na “voz do povo”.<sup>103</sup> Em sentido oposto, apresentando uma forte crítica à democracia representativa e a identificando como um despotismo eletivo, Paul Hirst afirma que a participação do povo se limita a escolher aqueles que ele supõe que irão decidir em determinado sentido.<sup>104</sup>

Antonio D’Atena contrapõe à visão de que a democracia representativa é uma democracia incompleta ou um sucedâneo da democracia em face de imposições técnicas, a realidade da democracia direta contemporânea, forçosamente monossilábica e os elementos de responsabilidade dos representantes e de “resfriamento” e de “racionalização” das decisões populares. A democracia representativa, assim, não é um *minus*, mas um *aliud*.<sup>105</sup>

A democracia representativa, de fato, não permite uma intervenção real do povo na tomada de decisões políticas. A eleição, componente de uma visão democrática formal, permite que se decida quem irá decidir, não mais que isso.

A Constituição de 1988 combina – embora de maneira fraca – a democracia representativa com instrumentos de participação direta. Se não o faz de uma maneira mais radical, tampouco o veda. A cidadania, ao tomar as rédeas republicanas de seu destino, assumindo-se como sujeito da vontade política e não como seu objeto, pode acentuar o caráter democrático da democracia brasileira, sem necessitar substituir ou ignorar o texto constitucional.

---

parlamentares por configurarem um consenso entre os partidos – nesses casos, os partidos, em cartel, ignoram a opinião pública contrária. Alguns exemplos apresentados pelo autor são as questões referentes ao financiamento dos partidos e o vencimento dos deputados (Ibid., p. 242-243).

<sup>102</sup> Ibid., p. 230-249.

<sup>103</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: A filosofia política e a lição dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. Capítulo: *Democracia representativa e democracia direta*.

<sup>104</sup> HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Tradução: Maria Luiz X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 34.

<sup>105</sup> D’ATENA, Antonio. Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1, p. 437-456, p. 441-444.

## 1.2 A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E SUA MITOLOGIA

A instrumentalização da cidadania e da soberania popular, em uma democracia contemporânea, faz-se pelo instituto da representação política. E a “transformação” da soberania popular em representação se dá em grande parte por meio da eleição. Esse tema é cercado de ficções e mitos, o que leva tanto a uma insatisfação social como ao seu funcionamento quanto a críticas em relação à sua disciplina jurídica.

O povo da soberania “popular” é considerado uma unidade. Não é identificado como a soma de indivíduos. Jurídica e constitucionalmente a representação “representa” o povo (e não todos os indivíduos). Além disso, não há propriamente “mandato”, pois a função do representante se dá nos limites constitucionais e não se determina por instruções ou cláusulas estabelecidas entre ele (ou o conjunto de representantes) e o eleitorado. As condições para o exercício do mandato e, no limite, seu conteúdo, estão pré-determinadas na Constituição e apenas nela. Estritamente sequer é possível se falar em “representação”, pois não há uma vontade pré-formada. Não se “representa” algo ou alguém definido perante outrem. Há a construção de uma vontade, limitada apenas aos contornos constitucionais.

Na passagem da soberania do monarca para a soberania popular ou nacional o soberano deixa de ser reconhecido por uma ordem pré-existente para passar a ser aquele que estabelece a ordem, que encarna o poder constituinte, “capaz de cancelar o passado e inventar o futuro”.<sup>106</sup> Apesar disso, ressalta Maurizio Fioravanti, a compreensão de soberania no sentido moderno não se coaduna com uma noção de poder absoluto, seja de quem for.<sup>107</sup>

Nesse sentido, a expressão “soberania popular” reveste-se de caráter mais simbólico que real, pois pressupõe um sujeito coletivo capaz de exprimir uma vontade unívoca. Um “povo”, uma coletividade, que seja capaz de se manifestar sobre as decisões políticas de maneira inequívoca.

A soberania popular como vontade coletiva mostra-se assim cercada de noções hipotéticas ou ficções jurídicas e políticas. É uma “mitologia jurídica”,<sup>108</sup> e uma das difíceis de morrer.<sup>109</sup> Mas vale como afastamento de outras imposições, ao menos as evidentes,

---

<sup>106</sup> COSTA, Pietro. Elezioni, partecipazione, cittadinanza: un'introduzione storica. *La cittadinanza elettorale. IX Convegno internazionale della S.I.S.E.*, Firenze, 2006. Disponível em: <http://ius.regione.toscana.it/elezioni/Documenti/IXConvegnoSISE/Costa.pdf>. Acesso em: 18 out. 2009.

<sup>107</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne*. Op. cit., p. 121. Para o autor a soberania passa a ser compreendida como soberania estatal.

<sup>108</sup> GROSSI, Paolo. *Mitologie Giuridiche della Modernità*. Milano: Giuffrè, 2001; GROSSI, Paolo. Il costituzionalismo moderno fra mito e storia. *Giornale di Storia costituzionale* [storia, giustizia, costituzione – per i cinquant'anni della costituzionale], Macerata, n. 11, p. 25-52, 1 sem. 2006.

<sup>109</sup> A representação política, a autonomia do sujeito, a soberania popular, a autodeterminação democrática, a igualdade jurídica são mitos jurídicos, cristalizados pelo constitucionalismo, naturalizados pela ciência jurídica

quando se considera o soberano como aquele “*que decide cuál es la idea de Derecho válida en la colectividad*”<sup>110</sup> e se impede a imposição sem o consentimento popular.

A exigência de consentimento para a sujeição a normas jurídicas marca a noção de liberdade política.<sup>111</sup> Hans Kelsen aponta a reação contra a heteronomia como postulado da democracia.<sup>112</sup> Para Bernard Manin, o “*principio de que toda autoridad legítima procede del consentimiento general de aquellos sobre los que va ejercerse*” é o mote das três revoluções modernas. Os sistemas eletivos permitem a reiteração constante desse consentimento, a partir da aceitação do método de seleção e a cada eleição, além de criar “*en los votantes una sensación de obligación y compromiso hacia quienes han designado*”.<sup>113</sup>

O princípio da representação popular deriva da noção moderna de igualdade. Para Maurice Duverger, apenas uma escolha pode permitir que um homem possa dirigir os outros, e essa escolha deve ser periodicamente renovada, “a fim de que os governantes não se sintam demasiado independentes dos governados e que a representação dos segundos pelos primeiros seja sempre mantida”.<sup>114</sup>

A soberania popular, os procedimentos eleitorais legitimadores,<sup>115</sup> o princípio da representação popular e da participação e os instrumentos de democracia direta<sup>116</sup> concretizam o princípio democrático e dão o contorno de seu conteúdo.<sup>117</sup>

---

e endeusados pelo positivismo historiográfico. Pela combinação da concepção do progresso histórico e científico com a dignidade científica do Direito (e sua consequente e natural “neutralidade”), os institutos jurídicos do presente são apresentados como ápice de um desenvolvimento histórico de aperfeiçoamento constante. Como acentua Ricardo Marcelo Fonseca, a historiografia jurídica positivista cumpre o papel de legitimadora do Direito presente. Usa-se esse discurso para naturalizar determinados institutos jurídicos e legitimá-los pela tradição, sacralizando-os (FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 62-63).

<sup>110</sup> BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Op. cit., p. 46.

<sup>111</sup> Assim a compreensão de Georges Burdeau: “*La liberté politique est la situation de l'individu qui n'est socialement assujéti qu'à sa volonté, c'est-à-dire, pratiquement, qui participe au gouvernement. Elle ne se définit plus, comme la liberté naturelle, par l'autonomie de la personne humaine, mais par la place et le rôle de l'individu dans le régime politique. Elle trouve son climat favorable dans la démocratie qui est le régime où la part des volontés individuelles est la plus grande dans la formation des décisions étatiques*” (Ibid., p. 18).

<sup>112</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução: Ivone Castilho Benedetti et alii. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1955], p. 27. Trata-se do ensaio “Essência e valor da democracia”, publicado em 1920 e revisto em 1929.

<sup>113</sup> MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Tradução: Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1998 [1995], p. 108 e 110. Para Pierre Bourdieu, no entanto, as condições da democracia representativa colocam o cidadão entre a “demissão pela abstenção” e o “desapossamento pela delegação” (BOURDIEU, Pierre. A representação política. Elementos para uma teoria do campo político. In: \_\_\_\_\_. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 163-207, p. 163).

<sup>114</sup> DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos*. Instituições Políticas e Direito Constitucional – I. Tradução: Fernando Ruiivo e Fernando Augusto Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1985 [1980], p. 58. Acentua Max Weber que uma relação social se marca pela representação quando “*la acción de un partícipe determinado se impute a los demás*” (WEBER, Max. *Economía y sociedad*. 2. ed. Tradução: José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1964 [1922], p. 37).

<sup>115</sup> Para J. J. Gomes Canotilho o sistema eleitoral é constitutivo do princípio democrático e está vinculado à reserva de Constituição (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 300-301).

A promessa de soberania popular exige direção e controle do povo em relação ao exercício do poder político. Isso impõe a publicidade dos programas e da atuação dos partidos e dos representantes,<sup>118</sup> também para que o eleitorado faça a sua escolha a partir do conhecimento dos “motivos, fins e consequências presumíveis das actividades e dos planos políticos”.<sup>119</sup> Apenas dessa forma é possível, para Norberto Bobbio, afirmar que um regime é democrático: o poder precisa ser exercido em público.<sup>120</sup>

Mas não é apenas a noção de vontade coletiva que deve ser problematizada na concepção de soberania popular. A segunda parte da expressão, o “povo”,<sup>121</sup> também demanda atenção. Mas e quem é esse povo do radical do termo democracia e do adjetivo do substantivo soberania?

Essa questão foi enfrentada por Friedrich Müller. O autor apresenta quatro conceitos de povo – povo ativo, como instância global de atribuição de legitimidade, povo ícone e como destinatário de prestações civilizatórias do Estado – e defende a utilização do termo como “conceito de combate”. A primeira compreensão se relaciona com a autodeterminação; a segunda é a que legitima o exercício do poder político por representantes e por agentes públicos; a noção icônica se refere ao povo como uma unidade homogênea que, como um carimbo, avaliza o exercício do poder; a quarta indica aqueles que são alcançados pela ação estatal. O povo como conceito de combate impõe uma tarefa para legimitar as constituições chamadas democráticas: aproximar o termo “povo” dos textos constitucionais do povo ativo, do povo como instância global de atribuição de legitimidade e do povo destinatário de prestações civilizatórias do Estado. E a política constitucional deve dirigir-se a aproximar o povo ativo do povo como instância de atribuição.<sup>122</sup>

---

<sup>116</sup> Para Joaquín Herrera Flores, a impossibilidade da democracia direta em uma sociedade de massas não deve afastar a sociedade da democracia, sendo possível pensar e efetivar formas concretas de participação direta, como a descentralização das decisões, criação de espaços sociais de discussão de temas gerais e aceitação de um pluralismo jurídico na interpretação das normas (HERRERA FLORES, Joaquín. *Democracia, Estado y Derecho. Hacia un marco alternativo de estudios jurídicos. Teia Jurídica* 2000. Disponível em: [www.teiajuridica.com](http://www.teiajuridica.com). Acesso em: 25 ago. 2000).

<sup>117</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 286-293.

<sup>118</sup> Para Zippelius, “o imperativo democrático de publicidade impele também no sentido de aperfeiçoamento ético da acção política – que frequentemente não passa, porém, de uma aparência de moralidade” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª ed. Tradução: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 [1994], p. 248).

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>120</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Op. cit., p. 386 e ss.

<sup>121</sup> “(...) palavra semanticamente excessiva, ‘gorda’ o suficiente para sofrer manipulações de toda ordem”, afirma Menelick de Carvalho Netto (CARVALHO NETTO, Menelick. *Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003, p. 84).

<sup>122</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. Carlos Frederico Marés denuncia a apropriação da soberania popular pelo Estado, e “[a]o povo restaria o direito de ser indivíduo, cidadão e não coletividade organizada, com sentimento próprio e cultura conjunta” (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Soberania do povo, poder*

Ressalta Georges Burdeau que o povo dos regimes políticos não é o povo como realidade sociológica. Critica a utilização da figura povo-nação, pois permite apenas uma democracia governada, em que a nação, formada por cidadãos, que não são homens reais, mas “*la encarnación estereotipada de la inmutable naturaleza humana*”, governa o povo. Para uma democracia governante deve se refletir o povo real, sem o desdobramento entre cidadão e sujeito.<sup>123</sup>

A noção de povo deve ser uma noção concreta, pois apenas cidadãos reais formam a vontade exigida pelo princípio democrático. Assim também a soberania popular que “pertence, pois, aos cidadãos existentes”. No entanto, a vontade do colégio eleitoral (manifestada por parte dos cidadãos, que são parte do povo) corresponde juridicamente a uma decisão soberana da soberania popular.<sup>124</sup>

Giuseppe Duso afirma que o povo que faz a lei não é o povo que obedece: não são um sujeito único. O primeiro se manifesta como uma unidade; o segundo como um conjunto de cidadãos.<sup>125</sup>

Tampouco o povo que elege seus representantes se confunde com o povo que é representado: naquele há uma pluralidade de sujeitos individualizados, pois o exercício da cidadania se dá individualmente; neste, a relação com o órgão representativo se dá coletivamente. Dessa maneira, o povo como unidade se revela no ideal de autogoverno e no desenho representativo; o povo como conjunto de cidadãos se mostra na eleição do corpo representativo e na submissão à lei.

António Manuel Hespanha aponta que as eleições no início do século XIX em Portugal são indiretas e o direito de voto está relacionado à disposição de determinada renda ou propriedade (voto censitário). Esse recorte deriva de uma compreensão que relaciona riqueza e virtude – há parcimônia e prudência naquele que sabe acumular bens. Disso resulta credibilidade e sensibilidade aos interesses públicos. São esses que escolhem, entre eles, os

---

do Estado. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 229-256, p. 239).

<sup>123</sup> BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Op. cit., p. 239 e 243. Para o autor, o cidadão não é um indivíduo real, com seus defeitos: “*Es el hombre iluminado por la razón, hablando según los imperativos de esta razón común a todos y, por tanto, desembarazado de los prejuicios de clase y de las preocupaciones inherentes a su condición económica, capaz de opinar sobre la cosa pública sin estar dominado por su interés personal. En resumen, es una especie de santo laico que debe su calidad de miembro del soberano – la nación – a su desinterés*” (p. 254).

<sup>124</sup> BAPTISTA, Eduardo Correia. A soberania popular em Direito Constitucional. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996.v. 1, p. 481-513, p. 482, 492 e 502.

<sup>125</sup> DUSO, Giuseppe. *La rappresentanza politica*. Genesi e crisi del concetto. 2. ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p. 62.

melhores para o exercício do governo. Não há “representação” propriamente dita: as decisões políticas devem ser guiadas pela razão, e não pela vontade.<sup>126</sup>

O governo representativo, ressalta Bernard Manin, é concebido baseado no princípio de distinção: os representantes são considerados superiores àqueles que os elegem, pois sua eleição deve-se à reunião de qualidades não compartilhadas igualmente, como a riqueza, o talento e a virtude.<sup>127</sup> Embora essa concepção se relacione às origens da representação, a eleição e suas exigências financeiras permite afirmar a existência, nos governos democráticos atuais, de uma aristocracia eletiva.

A palavra representação, com os seus vários significados, é objeto de uma análise conceitual por Hanna Pitkin. A autora ressalta que seu conceito como “seres humanos representando outros seres humanos” tem sua origem na modernidade, e aponta as possibilidades de sua compreensão formal, descritiva, simbólica e como “atuação por”.<sup>128</sup>

Essas distinções são trabalhadas também por David Ryden. Para o autor, a representação formalística se relaciona com o conjunto de estruturas e mecanismos que permitem um governo representativo e o estabelecimento de uma relação de autoridade, formada pela autorização, e de *accountability*, uma relação de responsabilidade. A eleição é o mecanismo que garante formalmente a representação. Na “representação reflectiva”, como a denomina o autor, o representado se vê no representante; é a visão do órgão representativo como miniatura da sociedade, o que exige um caráter deliberativo do corpo legislativo. Essa representação, fortemente simbólica, não tem origem racional, mas se marca por uma relação emocional e afetiva. A representação pode ser vista ainda como uma relação, entre o legislador e o seu constituinte, que permite que este expresse suas opiniões e preferências na

---

<sup>126</sup> HESPANHA, António Manuel. *O liberalismo do Estado liberal: o exemplo português do constitucionalismo monárquico (1800-1910 – confrontos com o Brasil)*. Curso da Escola de Altos Estudos – CAPES, realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR, Curitiba, 16 mar. a 05 maio 2009.

<sup>127</sup> MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Op. cit., p. 119. Nas páginas seguintes o autor evidencia esse entendimento na concepção de representação na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos. Roberto Gargarella aponta duas concepções que representam a filosofia dominante nas origens do sistema representativo: a existência de “princípios políticos verdadeiros” para além da “cidadania comum e a convicção da atuação irracional das maiorias” (GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Op. cit., p. 27-28).

<sup>128</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967. Para a autora, Thomas Hobbes e os autores alemães adeptos da teoria orgânica têm um conceito formalístico de representação; o conceito descritivo é adotado por Edmund Burke e pelos proporcionalistas; a noção simbólica em sua visão extremada forma a teoria fascista de representação; e a representação como “atuação por” não é assumida expressamente por nenhum autor. Para uma análise do uso do termo “representação” no Antigo Regime, como “dando a ver uma coisa ausente” ou como “exibição de uma presença”, que faz com que “a identidade do ser não seja outra coisa senão a aparência da representação”, ver CHARTIER, Roger. *A história cultural: entre práticas e representações*. Tradução de Maria Manuela Galhardo. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990, p. 20 e ss.

formação da vontade do Estado. Finalmente, a representação em seu caráter substantivo se revela como uma atividade de identificação e realização de preferências.<sup>129</sup>

Bruce Ackerman aponta que a representação política foi pensada pelos federalistas estadunidenses como alternativa a uma república idealizada sob a base da virtude pública. Instituições representativas, aponta o autor, permitem a coexistência de distintos interesses econômicos e religiosos em um regime de liberdade política.<sup>130</sup> Bernard Manin indica, expressamente, a concepção de um sistema representativo como oposição à democracia.<sup>131</sup> Gilberto Amado acentua uma definição de democracia cuja essência é a escolha, pela massa, dos homens mais capazes para dirigir o país. E, para o autor, a democracia falha quando não leva à representação pelo melhores.<sup>132</sup> Os autores, aqui, parecem compartilhar uma visão formalista da representação, relacionando-a com um conjunto de instituições que autorizam determinados cidadãos a exercerem o poder político em nome da coletividade e permitem, em maior ou menor grau, um controle popular sobre a atuação do representante.

Roberto Gargarella aponta o contexto histórico e social das discussões dos “pais fundadores” quando da construção do sistema representativo. O sentido do debate fixa-se na elaboração de um sistema capaz de filtrar a voz da maioria, permitindo sua sobreposição por outros órgãos, como o Senado (eleito indiretamente, para impor um freio à “fúria democrática”), o Presidente (com seu direito de veto legislativo) e o Poder Judiciário (formado por indicação, de membros vitalícios – para ficarem longe do povo – e munido com o controle de constitucionalidade que depois vem a se tornar a última palavra). A ideia é separar “*la ciudadanía del ejercicio directo del poder*”, em face da incapacidade das maiorias de governar e sua submissão a paixões, com a exclusão consciente e deliberada de mecanismos de controle. A proposta do autor é pensar outra forma de exercício da democracia ou rever as opções abandonadas na formação do sistema.<sup>133</sup>

Na contemporaneidade, a vontade do povo – com todas as ressalvas que essa expressão traz – revela-se preponderantemente por meio da representação. A representação a que se refere o Estado de Direito, embora carregue o mesmo nome e com ele tenha menor

---

<sup>129</sup> RYDEN, David K. *Representation in crisis*. The Constitution, Interest Groups and Political Parties. Albany: State University of New York Press, 1996, p. 15-19.

<sup>130</sup> ACKERMAN, Bruce. *Um neofederalismo?* Op. cit., p. 189.

<sup>131</sup> MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Op. cit., p. 11.

<sup>132</sup> “Examine-se bem, e veja-se que se alguma coisa é responsável pelo desprestígio do sistema de representação, é essa traição das massas por inófia em alguns casos, países e momentos, por corrupção em outros, à sua missão. Não é no votar o povo livremente que consiste a democracia; a democracia consiste em votar inteligentemente. Por ter traído a inteligência, é que tem a democracia sido injustamente punida. Levanta ela às vezes na embriaguez do circo ídolos cascudos que a deitam por terra, humilhada e batida, sangrando no chão da arena” (AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999 [1931], p. 20).

<sup>133</sup> GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la representación política*. Ciudad de México: Fontamara, 1997, p. 43, 47, 71, 73, 86 e 93-95.

aderência, não se confunde com a representação experimentada durante o período medieval. Então o vínculo representativo empresta as características do instituto de direito privado, em que a relação é delegatória e os sujeitos, a extensão e o conteúdo nela envolvidos estão claramente estabelecidos.<sup>134</sup>

Maurizio Fioravanti aduz que as assembleias representativas que surgem a partir do século XIII e que colaboram na gestão do poder não “representam” sujeitos coletivos e não elaboram a lei, que é dada pela natureza das coisas.<sup>135</sup> Afirma Pietro Costa que na Idade Média o soberano, mais do que criar o Direito, o declara e o conserva, e deve obedecer à ordem natural das coisas. A *majestas* imperial e o poder absoluto são, na realidade, limitados à natureza e a um sistema de poder dado.<sup>136</sup> Além disso, ressalta Javier Perez Royo, a representação preconstitucional (como denomina o autor) não é um instrumento de legitimação do poder: a legitimidade do monarca é anterior e independente do mecanismo representativo.<sup>137</sup> A representação do rei ou do príncipe se revela como a necessidade de tornar pública a autoridade, constituindo-a; o soberano, como a assembleia de então, não representa o povo mas perante o povo, conforme Jürgen Habermas.<sup>138</sup> Trata-se de uma representação simbólica.

Faz necessário marcar essa distinção, de maneira indelével. A representação política moderna não é uma decorrência das experiências anteriores de representação e nem a sua “evolução”.<sup>139</sup> A existência de uma figura (pretensamente) jurídica de representação política e

---

<sup>134</sup> Pedro de Vega ressalta essa característica, afirmando que o “*representante se obrigaba personalmente con sus propios bienes a reparar los prejuicios causados si sobrepasaba los límites del mandato, además de producirse, en ese caso, la revocación del mismo*” (VEGA, Pedro de. Significado constitucional de la representación política. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, n. 44, p. 24-44, mar./abr. 1985, p. 26).

<sup>135</sup> “*Quando i rappresentanti dei ceti siedono insieme, accanto al signore, essi non rappresentano infatti alcun ‘popolo’, o alcuna ‘nazione’, per la buona ragione che in questi secoli non esiste affatto un soggetto collettivo di questo genere che in quanto tale possa volere, e chiedere, ed ottenere, di essere rappresentato. I rappresentanti dei ceti, inoltre, non pretendono di dire, insieme al signore, quale sia la legge del territorio; finché si rimane nella esperienza medievale, nessuno, né i primi, né il secondo, ha questo potere di definizione, poiché il diritto – come già abbiamo visto – è in sostanza jus involuntarium, che se impone nelle cose, e non è dunque voluto da alcun potere costituito*” (FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*. Op. cit., p. 21).

<sup>136</sup> COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Op. cit., p. 10.

<sup>137</sup> PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 390. Bruno Accarini ressalta ainda uma outra “representação” existente na Idade Média, relacionada com a fé católica: o *corpus mysticum* deixa de se referir à hóstia para significar toda a Igreja, com o significado de personificação, no papa e nos cardeais, da coletividade (ACCARINO, Bruno. *Rappresentanza*. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 19 e 26-36).

<sup>138</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984 [1961], p. 19-20.

<sup>139</sup> Antonio Manuel Hespanha aduz que a história assim feita faz com que o passado, ao ser lido e apreendido pelas categorias do presente, torne-se prova convincente do caráter intertemporal – e, portanto, racional – das categorias como Estado, representação política e pessoa jurídica, que passam a ser aceitas como formas contínuas e necessárias da razão jurídica e política. E “institui-se uma visão progressista da história do poder e do direito, que transforma a organização institucional atual num ómega da civilização política e jurídica.

de um mandato representativo de cunho (pretensamente) jurídico deve ser analisado a partir da modernidade e de suas categorias.<sup>140</sup>

Pietro Costa ressalta que na representação moderna não existe uma vontade pré-existente e que há uma distinção absoluta e qualitativa entre os representantes e os representados. A proibição do mandato imperativo surge como uma consequência dessa nova visão, que parte da independência do representante em relação ao representado. A relação é fundamentada na designação do representante, mediante eleição, que faz com que, simbolicamente, a decisão independente dos representantes seja reconduzível ao consenso dos representados.<sup>141</sup>

Essa é a leitura de Carré de Malberg, ao afirmar que quem tem a vontade é a Assembleia, o órgão da Nação. O órgão, unidade jurídica que tem vontade e capacidade de ação, origina a vontade. O autor nega a existência de uma verdadeira representação, que “*implica siempre cierta subordinación del representante al representado*”.<sup>142</sup> Para Maurice Hauriou, a representação não deriva de um contrato de mandato, “*porque el de los gobernados, mientras carece de representantes, no tiene calidad jurídica para contratar*”. O autor afirma que os representantes gerem a empresa do Estado em nome dos governados, que consentem com a nomeação dos representantes e os investem com o propósito de garantia e controle.<sup>143</sup>

Bruno Accarino traz a distinção entre *Vertretung* e *Repräsentation*. Enquanto a primeira se refere a uma representação de caráter privado, em que há um substituto ou

---

O Estado liberal-representativo e o Direito legislado (ou, melhor ainda, codificado), constituiriam o fim da história, o termo último de todos os processos de ‘modernização’” (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 54-55).

<sup>140</sup> Como aponta Giuseppe Duso, há uma alteração no modo de compreender o homem, a ciência e a política na modernidade (DUSO, Giuseppe. *La rappresentanza politica*. Genesi e crisi del concetto. Op. cit., p. 9). Ver, ainda, o livro de Hasso Hoffman sobre a história antiga e medieval do termo “representação” e sobre sua utilização na terminologia jurídica, eclesiástica e política até o século XVIII (HOFMANN, Hasso. *Rappresentanza – rappresentazione*. Parola e concetto dall’antichità all’Ottocento. Tradução: Claudio Tommasi. Milano: Giuffrè, 2007 [2003]).

<sup>141</sup> COSTA, Pietro. *Elezioni, partecipazione, cittadinanza: un’introduzione storica*. Op. cit.

<sup>142</sup> MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*. Tradução: José Lió Depetre. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001 [1922], p. 939-940. Gilberto Amado afirma que não há no povo ou no eleitorado, “nenhuma idéia ou ponto de vista a ser representado” (AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Op. cit., p. 41). Igualmente, a visão de Fernando Gustavo Knoerr, ao afirmar que na representação política não há representação de vontade: “O representante impõe ao representado sua opção” (KNOERR, Fernando Gustavo. *Fidelidade partidária: o controle ético no exercício do mandato*. Curitiba, 2002. 305f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 76).

<sup>143</sup> HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Op. cit., p. 233-234. O autor ressalta que a eleição é simplesmente um procedimento empírico de designação. Não há delegação de poder. Os poderes da Assembleia derivam da Constituição ou dela mesma. E afirma: “*las competencias de gobierno no residen en el pueblo, y éste, que carece de ellas, no puede transmitir las. El único efecto de la elección es conferir al electo la investidura en nombre de la soberanía nacional y colocar la competencia de gobierno que le es propia – y que debe al hecho de formar parte de una ‘élite’ política – bajo el control del poder mayoritario de los electores*” (p. 237).

*luogotenente* que traz uma vontade pré-existente e determinada, a segunda “funda ou cria uma vontade unitária que antes não existia”. Para o autor, a representação política, *Repräsentation*, é caracterizadamente juspublicística, não se relacionando aos conceitos de encargo, mandato, gestão de negócios e administração fiduciária. A representação política se relaciona com o futuro.<sup>144</sup>

Hasso Hofmann afirma que a diferença entre *Vertretung*, a representação por mandato, e *Repräsentation* é marcada pela doutrina alemã contemporânea, que recusa a tradição francesa e estadunidense de ver a representação como um conceito intrinsecamente relacionado à democracia, à eleição e evidencia a inexistência de uma relação jurídica entre o povo e o Parlamento, seja como um liame orgânico, seja como uma dissociação entre titularidade e exercício de direito. A partir dessa configuração, decorre a independência jurídica dos representantes.<sup>145</sup>

Na representação política deve haver, ao menos, uma “representação virtual”, na qual, como acentua Edmund Burke, há uma comunhão de interesses e compartilhamento de sentimentos e desejos entre representante e povo, ainda que o povo não o escolha realmente, embora alguma relação deva existir.<sup>146</sup> Para Brian Seitz, a “representação virtual” é metafísica, assim como a “representação real”. Aquela absorve as diferenças, racionalizando os interesses e legitimando o sistema de representação.<sup>147</sup> Essa representação simbólica, acentua Olavo Brasil de Lima Junior, não se relaciona diretamente com a escolha pelo voto, mas permite a justificação do exercício do poder pelo chefe do Poder Executivo, que representa a totalidade, não apenas os seus eleitores.<sup>148</sup>

Ressalta Hans Kelsen que a adoção da forma parlamentar pelos governos democráticos exige uma forma de liberdade democrática que cria a ficção da representação. O aspecto ficcional, para o autor, está na ideia de que o Parlamento serve para o povo exprimir

<sup>144</sup> ACCARINO, Bruno. *Rappresentanza*. Op. cit., p. 21 e 40.

<sup>145</sup> HOFMANN, Hasso. *Rappresentanza – rappresentazione*. Parola e concetto dall’antichità all’Ottocento. Op. cit., p. 3, 6-7 e 10.

<sup>146</sup> “Virtual representation is that in which there is a communion of interests and a sympathy in feelings and desires between those who act in the name of any description of people and the people in whose name they act, though the trustees are not actually chosen by them. This is virtual representation. Such a representation I think to be in many cases even better than the actual. It possesses most of its advantages, and is free from many of its inconveniences; it corrects the irregularities in the literal representation, when the shifting current of human affairs or the acting of public interests in different ways carry it obliquely from its first line of direction. The people may err in their choice; but common interest and common sentiment are rarely mistaken. But this sort of virtual representation cannot have a long or sure existence, if it has not a substratum in the actual. The member must have some relation to the constituent” (BURKE, Edmund. *A Letter to Sir Hercules Langrishe on the subject of the roman catholics of Ireland (extract)*. Disponível em: <http://www.ourcivilisation.com/smartboard/shop/burke/extracts/chap18.htm>. Acesso em: 16 dez. 2009.).

<sup>147</sup> SEITZ, Brian. *The trace of political representation*. Albany: State University of New York Press, 1995, p. 96, 100 e 104.

<sup>148</sup> LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. *Instituições políticas democráticas: o segredo da legitimidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar., 1997, p. 41.

sua vontade, apesar de ser juridicamente independente do povo. A vinculação do representante deve se estabelecer com o partido político que o elegeu, por uma lista em que o eleitor pode apenas aderir ao partido. Nesse caso, deve haver perda de mandato quando o representante abandona as fileiras da agremiação partidária.<sup>149</sup>

A representação política aqui considerada se relaciona com os aspectos do Estado Moderno, sua organização e racionalidade. A representação política, nesse sentido, nasce relacionada com a exigência de distribuição dos poderes e sua natureza jurídica se configura pela atribuição do encargo e da autorização para atuação conjunta do representante em nome dos seus representados, adverte Karl Loewenstein. É a representação que permite a instituição do Parlamento como órgão de soberania contraposto ao governo, mas se molda segundo uma sociedade homogênea e não dá conta de uma concepção de vontade política para além da ideia de vontade geral de Rousseau, fundamentada na noção de liderança política, concentrada no governo.<sup>150</sup>

Ressalta Maurizio Cotta que a representação é pensada a partir da necessidade de controlar o poder, por aquele que não pode exercê-lo pessoalmente. Para o autor, a representação política combina confiança, elementos de delegação e de representação-espelho, para dar conta das exigências de legitimidade e credibilidade.<sup>151</sup> Essa visão, aponta Maurice Duverger, é adequada a um significado de representação política, em termos jurídicos, e que se relaciona com a figura privatista do mandato. Com a adoção do sistema proporcional, a representação política passa a ser compreendida como o reflexo da sociedade, um retrato que molda seu modelo, em uma acepção sociológica. Enquanto em sua origem representa-se a vontade, neste novo aspecto as opiniões são representadas. Deixa de haver um liame entre mandante e mandatário para haver uma relação entre a unidade “povo” e a unidade da assembleia representativa.<sup>152</sup>

Há uma nítida oposição entre o princípio democrático – que impõe a identidade entre governante e governado – e o princípio representativo – que supõe a sua distinção. Menelick

---

<sup>149</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Op. cit., p. 48 e 56-57. Trata-se do ensaio “Essência e valor da democracia”, publicado em 1920 e revisto em 1929.

<sup>150</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 57-62. A partir dessa constatação, Karl Loewenstein afirma a superação da doutrina da separação de poderes e apresenta uma nova divisão adequada às sociedades pluralistas de massa: a tomada de decisões fundamentais, concentrada em um número reduzido de pessoas, e que toma a forma legal; a execução das decisões políticas fundamentais (que compete aos três órgãos de soberania); e o controle político, onde se incluem o controle judicial de constitucionalidade e a responsabilidade dos agentes públicos (p. 63-72).

<sup>151</sup> COTTA, Maurizio. Representação política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de política*. 12. ed. Tradução: Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002 [1983], p. 1101-1107, p. 1102-1104.

<sup>152</sup> DUVERGER, Maurice. Esquisse d’une théorie de la représentation politique. In: *L’EVOLUTION du Droit Public*. Études offertes à Achille Mestre. Paris: Sirey, 1956, p. 211-220.

de Carvalho Netto ressalta o caráter positivo dessa permanente tensão, que “importa uma revisão permanente dessa identidade do povo em relação aos próprios representantes, tornando essa representação sempre precária, requerente de revisões”.<sup>153</sup>

Bernard Manin aponta quatro princípios que acompanham os regimes representativos desde a sua “invenção”: (1) nomeação dos governantes por eleições em intervalos regulares; (2) certo grau de independência entre as decisões dos governantes e os desejos dos eleitores; (3) livre expressão de opiniões e de desejos políticos pelos governados; (4) submissão das decisões políticas a um processo de debate.<sup>154</sup> Auro Augusto Caliman ressalta o “peculiar procedimento deliberativo” e a pluralidade de membros, sem hierarquia, como características do Parlamento,<sup>155</sup> órgão representativo por excelência.

Jorge Miranda sublinha que a representação política é exigida pela Constituição, que não há transferência de poderes e que se configura por um mandato de direito público. Aponta que a representação importa na responsabilidade política, com a exigência de um canal recíproco de informações, e que se impõe pelo exercício das liberdades públicas, do direito de oposição e das eleições, raramente pela possibilidade de destituição ou revogação do mandato. Aduz que a representação e a responsabilidade se estabelecem entre a Assembleia e o povo, sendo decorrência disso a proibição do mandato imperativo.<sup>156</sup> Além da ideia da soberania nacional, que passa a exigir uma representação geral, sem relação entre segmentos do povo e seus representantes específicos, a lei produzida pela representação é o instrumento mais hábil para expressar os valores da razão e da justiça.<sup>157</sup>

Para Georges Burdeau, o governo representativo permite uma correção da democracia, como um instrumento de contenção do poder do povo, que possibilita simultaneamente a liberdade política (relacionada à eleição) e a ordem e a estabilidade.<sup>158</sup> No entanto, somente parcela do povo tem direitos políticos, somente parcela desses são representados e somente

---

<sup>153</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 215-232, p. 220. Ver também MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 91-107, jul./dez. 1994.

<sup>154</sup> MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Op. cit., p. 17.

<sup>155</sup> CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato parlamentar*. Aquisição e perda antecipada. São Paulo: Atlas, 2005, p. 17.

<sup>156</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003, p. 92-93.

<sup>157</sup> Conforme VEGA, Pedro de. *Significado constitucional de la representación política*. Op. cit., p. 32-33.

<sup>158</sup> BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Op. cit., p. 166. O autor ressalta a assimilação da vontade da nação à vontade do representante, o que “impide al pueblo tener una voluntad diferente de la que formula la Asamblea” e sublinha que a Assembleia, “compuesta de representantes experimentados y ponderados, podrá imputar a la nación una voluntad razonable que la librá de los arrebatos de la demagogia”.

parcela dos representantes tomam as decisões, por conta da regra da maioria.<sup>159</sup> A democracia pressupõe uma confrontação de uma maioria e de uma minoria e sua autenticidade está ligada ao lugar que ela dá à minoria: “A minoria é a opinião dissidente, a liberdade é o direito à dissidência”. A questão está na necessidade de conciliação entre a autoridade da maioria e a liberdade da minoria.<sup>160</sup>

Roberto Gargarella acentua que o sistema representativo foi pensado para grupos sociais, ainda que contrapostos, internamente homogêneos, cujos interesses poderiam ser defendidos por qualquer membro. Esses pressupostos do pensamento fundador estadunidense, no entanto, não encontram espaço na configuração política atual em face da multiplicidade e diversidade dos grupos sociais, com interesses internamente divergentes. Torna-se mais difícil garantir a representação dos diferentes interesses sociais no Parlamento e, ressalta o autor, isso se repete no Poder Judiciário, que se mostra incapaz de defender a minoria contra a maioria quando esses grupos são variáveis segundo coalizões ou mesmo em face de distintas questões.<sup>161</sup>

A representação política apresenta propósitos paradoxais: deve, ao mesmo tempo, dar conta da unidade e da identidade. Como aponta David Ryde, deve ser capaz de gerar um compartilhamento de interesses e valores e dar resposta a demandas específicas, individualizadas.<sup>162</sup> A representação surge como um meio indispensável para dar voz a um

---

<sup>159</sup> Análise realizada anteriormente por León Duguit, que sublinha que mesmo nos países de sufrágio universal e regime representativo, as leis em geral são votadas por um número de deputados que não representa mais do que a minoria do corpo eleitoral (DUGUIT, León. *La transformación del Estado*. 2. ed. Tradução: Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltrán, [1909], p. 84).

<sup>160</sup> BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, p. 28-29. “*Toute démocratie repose sur cette confrontation d’une majorité et d’une minorité. Son authenticité se vérifie par la place qu’elle fait à la minorité, c’est-à-dire à cette fraction du peuple qui ne partage pas les idées de ceux qui sont au pouvoir. Or une minorité n’existe que par le jeu des libertés dont elle dispose. La minorité c’est l’opinion dissidente, la liberté c’est le droit à la dissidence*”. “*Le problème demeure donc posé de savoir comment la démocratie concilie l’autorité de la majorité avec la liberté de la minorité*”.

<sup>161</sup> GARGARELLA, Roberto. Introdução. In:\_\_\_\_\_. (Comp.). *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 11-30, p. 13-16. Para Brian Seitz, a representação e a democracia representativa se caracterizam por um conflito continuado, por combates, ganhos de terreno, deserções, tréguas, rendições, compromissos, vitórias transitórias e derrotas totais – é uma guerra (SEITZ, Brian. *The trace of political representation*. Op. cit., p. 153).

<sup>162</sup> Para David Ryden, os objetivos de unidade são relacionados ao controle popular e se identificam pela regra majoritária, pela obtenção do consenso dos governados, pela institucionalização de valores, pela construção do senso de valores comuns, pela canalização de opiniões e preferências em políticas, pela responsividade coletiva do governo e por sua *accountability*. Os relacionados à diversidade se coadunam com os valores liberais e se mostram na proteção de direitos individuais, na igualdade política, na tolerância e garantia de valores especiais e na responsividade individual. Os partidos políticos devem ser os canais que permitem a realização dos dois conjuntos de objetivos, como subsistemas de representação que permitem a conexão entre cidadão e governo (RYDEN, David K. *Representation in crisis*. Op. cit., p. 25-30).

sujeito coletivo e, ao mesmo tempo, permitir que os cidadãos, como suas diferenças e particularidades, expressem sua vontade e participem da formação da vontade comum.<sup>163</sup>

A teoria da representação que mais parece se aproximar de uma leitura jurídica é a formalista.<sup>164</sup> A existência de um conjunto de instituições destinadas a construir um lugar de autoridade, a permitir que um exerça o poder político em nome de outros e ao menos possibilitar um fraco controle consistente na não renovação da relação representativa, é garantida por normas jurídicas de sede constitucional.<sup>165</sup> Não parece haver um aspecto jurídico na representação simbólica, na representação descritiva (embora determinados arranjos institucionais derivados de normas jurídicas possam revelar a opção por fazer com que o Parlamento “reflita a sociedade”, como pela adoção de um sistema proporcional) e na representação como atividade.

Caberia, juridicamente, definir a representação política como o faz Hanna Pitkin: um arranjo institucional de caráter público destinado a permitir a participação do povo no governo, que envolve pessoas e grupos e opera complexamente, sem que se possa configurar a representação a partir de uma relação singular, seja pelo lado do indivíduo, seja pelo representante isoladamente considerado.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> DUSO, Giuseppe. *La rappresentanza politica*. Genesi e crisi del concetto. Op. cit., p. 10. Para o autor, a representação não pode ser reduzida a uma relação entre representante e representado, mas deve incluir o representante, a unidade política ideal que deve ser representada, o representado como produto da representação, e os que se sentem representados (p. 32).

<sup>164</sup> Afirma Georg Jellinek: “*La representación es un concepto jurídico y no político. En virtud de un estatuto legal la voluntad de la minoría se considera como voluntad del conjunto. Pero en la realidad política únicamente prevalece la voluntad mayoritaria de los parlamentarios que votaron una resolución*” (JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução: Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 73).

<sup>165</sup> Afirma José Alfredo de Oliveira Baracho que a eleição é um procedimento que visa à designação dos governantes pelos governados e que “[o] corpo eleitoral, através da eleição, manifesta seu assentimento a certa candidatura” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A teoria geral do Direito Eleitoral e seus reflexos no Direito Eleitoral brasileiro. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1997. v. 2, p. 477-530.). Para Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “[a] democracia representativa sempre se acha consubstanciada em um processo técnico de escolha de pessoas para que exerçam o poder em nome do povo, quanto, então, esse participa da formação da vontade do governo e no processo político” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão. In: GARCIA, Maria (Org.). *Democracia, hoje*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 209-256, p. 217).

<sup>166</sup> “*Political representation is primarily a public, institutionalized arrangement involving many people and groups, and operating in the complex ways of large-scale social arrangements. What makes it representation is not any single section by any one participant, but the over-all structure and functioning of the system, the patterns emerging from the multiple activities of many people. It is representation if the people (or a constituency) are present in governmental action, even though they do not literally act for themselves*” (PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Op. cit., p. 221-222). Brian Seitz conceitua representação como uma ferramenta de tradução: “*Representation is the tool by which the political subject communicates its needs, interests, and wishes and offers it consent. That is, representation is the apparatus by means of which consensus is communicated and expressed, formally inscribed and authorized*” (SEITZ, Brian. *The trace of political representation*. Op. cit., p. 114).

A atuação do representante informada pelo interesse público<sup>167</sup> é um pressuposto da relação de representação e se reveste de caráter jurídico na medida de sua configuração constitucional. Em virtude da liberdade para o exercício do mandato, tônica dos regimes representativos contemporâneos, e de uma concepção coletiva dos representados, não há mecanismos jurídicos para garantir o conteúdo da relação subjetiva de representação. Há limites objetivos, estabelecidos pela Constituição e garantidos por sanções aos mandatários que deles escapam.

A confiança, tida como o fundamento subjetivo da relação do mandato representativo, não se reveste de caráter jurídico: não há sanção jurídica para a quebra da confiança nem remédio jurídico para a sua restauração.

Pierre Bourdieu analisa a confiança – ou *fides implicita*, como denomina o autor – por seu viés sociológico e afirma que configura uma delegação total e global, uma espécie de crédito ilimitado que retira qualquer tipo de controle do povo (“os mais desfavorecidos”) sobre a representação.<sup>168</sup> O rompimento da relação subjetiva de confiança acaba por provocar efeitos apenas na esfera política, pela sua não renovação, quando da busca dos representantes por nova escolha eleitoral.

Não se pode afirmar, ao menos juridicamente, que seja a confiança o fundamento da representação política. Não há qualquer critério para a sua verificação, seja no momento da formação da relação, seja no decorrer do exercício do mandato. Tampouco há instrumentos jurídicos para a ruptura da relação quando a confiança for quebrada.

A relação de representação, juridicamente, se forma por uma autorização do corpo eleitoral para o corpo representativo, ambos tomados como sujeitos coletivos. Autorização por prazo certo e cuja motivação pode ter qualquer conteúdo não vedado pelo Direito. Sua invalidade somente pode ser declarada se a autorização for viciada: por fraude, corrupção, captação ilícita de sufrágio, qualquer forma de abuso. Mas não é dado seu afastamento se o que a constitui é um critério subjetivo qualquer: a beleza, a amizade, uma forma de protesto, uma manifestação de pilhéria.

---

<sup>167</sup> Apenas o interesse público, para Sieyès, deve ser representado. Afirma o autor que “o direito de fazer-se representar só pertence aos cidadãos por causa das qualidades que lhes são comuns e não devido àquelas que os diferenciam”. “A legislação de um povo só está encarregada de um interesse geral” (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Que é o terceiro estado? Tradução: Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986 [1789], p. 144 e 146).

<sup>168</sup> BOURDIEU, Pierre. *A representação política*. Elementos para uma teoria do campo político. Op. cit., p. 167.

A autorização que forma a relação de representação não leva consigo qualquer conteúdo jurídico para o exercício do mandato.<sup>169</sup> O representante tem como limitação o ordenamento jurídico, sem qualquer determinação por parte do corpo eleitoral. Não há, pela representação política, uma influência do cidadão nas manifestações do representante, ainda que ele interfira fortemente na composição do corpo representativo e disso possa resultar expectativas para o eleitorado.

Novamente com Pierre Bourdieu, pode-se reconhecer que essa autorização outorga ao representante, além do poder político, um poder simbólico, que lhe dá um crédito, relacionado à confiança do grupo.<sup>170</sup> Apenas nesse sentido, fortemente sociológico, é que cabe falar em confiança. Ela não se reflete, no entanto, no campo jurídico. Juridicamente há liberdade para o exercício do mandato, que apenas por força da tradição pode ser chamado de mandato: trata-se mais de um “encargo confiado a alguém de exprimir a vontade unitária da nação”.<sup>171</sup>

A maneira que tem o cidadão de intervir na formação da vontade política de forma mais concreta é por meio de mecanismos de democracia direta. A democracia brasileira apresenta, constitucionalmente, um desenho participativo. A prática democrática, no entanto, é essencialmente representativa.

A representação, embora necessária, não deve ser a única forma de participação do povo na vontade do Estado, em vista das distorções que apresenta pela mediação, o que afasta o valor epistêmico da democracia.<sup>172</sup> Para Clèmerson Merlin Clève, “[n]os países do terceiro mundo, a democracia representativa, e pois o direito de voto, assume uma proporção paradoxal: - é muito, mas, também, pouco”.<sup>173</sup>

A crítica à representação política, principalmente à representação parlamentar, nasce com os Parlamentos e se acentua fortemente com a extensão do direito de sufrágio. Seu núcleo está na incompatibilidade de uma visão individualista da sociedade e uma atuação necessariamente coletiva da representação, somada à ausência de mecanismos de controle e

---

<sup>169</sup> Embora, como ressalta Auro Augusto Caliman, os senadores jurem “desempenhar fiel e lealmente o mandato”, segundo o artigo 4º, §2º do Regimento Interno do Senado (CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato parlamentar*. Op. cit., p. 56).

<sup>170</sup> BOURDIEU, Pierre. *A representação política*. Elementos para uma teoria do campo político. Op. cit., p. 188.

<sup>171</sup> Segundo a leitura que faz Giuseppe Duso da representação pensada pela Revolução Francesa: “*Perciò se parla di mandato libero: un mandato che non consiste tanto nell’espressione di una volontà determinata che deve essere rispettata e riportata in una sede superiore, quanto piuttosto in un incarico affidato a qualcuno di esprimere la volontà unitaria della nazione*” (DUSO, Giuseppe. *La rappresentanza politica*. Op. cit., p. 61).

<sup>172</sup> Conforme posição de Carlos Santiago Nino (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op. cit., p. 204-205).

<sup>173</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. Op. cit., p. 17. Para Francisco Weffort o desafio é encontrar meios de participação sem prescindir da representação política, buscando o aprimoramento da democracia pela complementação dos dois princípios (WEFFORT, Francisco. *Por que democracia?* São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 121 e 128-129).

prestação de contas do mandatário.<sup>174</sup> E em uma compreensão indevida da relação de representação.

Bruno Accarino afirma que, no senso comum, representação é sinônimo de apropriação indébita, confiança roubada, traição das aspirações dos eleitores e falta de espírito público.<sup>175</sup> Georg Jellinek, nos primeiros anos do século XX, afirma, em relação à Inglaterra, a absoluta submissão da Câmara baixa ao governo.<sup>176</sup> Para o autor, a censura não se direciona a acabar com o parlamentarismo, mas a aperfeiçoá-lo, a partir de suas instituições, como a ampliação do sufrágio e a adoção da representação proporcional. O excesso de partidos enfraquece o Parlamento, torna-o incapaz de manifestar a vontade unitária da nação e deixa as maiorias aos conchavos ou ao azar.<sup>177</sup>

A crítica em relação à representação política dirige-se à impossibilidade de determinação do seu conteúdo. Vale ressaltar, no entanto, que “nenhum sistema institucional pode garantir a essência, a substância da representação”.<sup>178</sup> Exige-se, para tanto, um controle efetivo e a tomada da responsabilidade pelo cidadão, que precisa compreender o seu papel na democracia representativa e se dar conta das demais formas de interferência na formação da vontade política.

Paulo Bonavides faz uma defesa intensa da democracia participativa, caracterizando-a como um direito fundamental de quarta geração. Afirma a necessidade de afastar a “perversão

---

<sup>174</sup> Para Nelson Jobim, essa crítica se deve também à incapacidade de o corpo parlamentar cumprir suas funções, em parte causado pelo vazio de poder do Parlamento durante o modelo constitucional anterior (JOBIM, Nelson. Partidos políticos e organização partidária. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, p. 138-147; 169-172, p. 142).

<sup>175</sup> “*Nel sentire comune, rappresentanza è sinonimo di appropriazione indébita, fiducia carpita e non ripagata, tradimento delle aspettative degli elettori e mancanza di spirito pubblico*”. E continua: “*L’astrazione giuridico-formale della cittadinanza, che sola rende possibile la rappresentanza moderna, produce effetti contro-intenzionali che la svuotano e la vanificano*” (ACCARINO, Bruno. *Rappresentanza*. Op. cit., p. 10-11). Em sentido mais enfático, Raul Zibechi afirma que a representação é sempre alienação e configura um princípio contrário à democracia (ZIBECHI, Raul. Poder y representación: ese estado que llevamos dentro. *Chiapas*, Ciudad de México, n. 13, 2002. Acesso eletrônico: <http://www.revistachiapas.org/No13/ch13zibechi.html>. Acesso em: 19 nov. 2009.).

<sup>176</sup> “*Por eso, ahora se ha observado, amargamente, que la Cámara baja se parece menos a una asamblea legislativa y mucho más a un cuerpo que registra los decretos gubernamentales*”. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Op. cit., p. 61.

<sup>177</sup> Ibid., p. 68-69.

<sup>178</sup> “*No institutional system can guarantee the essence, the substance of representation*” (PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Op. cit., p. 239). Para Olavo Brasil de Lima Junior, a crise associada ao sistema de representação deriva da insuficiência da reflexão da teoria política sobre as atribuições do Poder Legislativo (LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. *Instituições políticas democráticas: o segredo da legitimidade*. Op. cit., p. 14). De outro ponto de vista, Walter Benjamin também critica o Parlamento: “*Si vien meno la consapevolezza della presenza latente della violenza in un istituto giuridico, esso decade. Un esempio di questo processo è fornito, in questo periodo, dai parlamenti. Essi presentano il noto, triste spettacolo, perché non sono rimasti consapevoli delle forze rivoluzionarie a cui devono la loro esistenza. (...) Manca loro il senso della violenza creatrice di diritto che è rappresentata in essi; non c’è quindi da stupirsi che non pervengano a decisioni degne di questo potere, ma curino, nel compromesso, una condotta degli affari politici che vi vorrebbe senza violenza*” (BENJAMIN, Walter. Per la critica della violenza. In: SOLMI, Renato (a cura di) *Angelus Novus*. Saggi e frammenti. Torino: Einaudi, 1995 [1920], p. 5-30, p. 17).

representativa”, o “falseamento da vontade”, as “imperfeições conducentes às infidelidades do mandato” e os “abusos da representação”, em busca de uma “repolitização da legitimidade criadora de uma neocidadania governante”. Os vícios eleitorais, a propaganda dirigida, a manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação a serviço da classe dominante desvirtuam a democracia, fazendo com que o mandato perca suas características republicanas e torne-se usurpatório, “confisco da vontade popular e transmutação da chamada democracia representativa em um simulacro de governo popular”.<sup>179</sup>

Para Lúcia Avelar, a participação política, instrumento de legitimação e fortalecimento das instituições democráticas, tomada como a “ação de indivíduos e grupos com o objetivo de influenciar o processo político”, pode dar-se pelo canal eleitoral, pelo canal corporativo (que busca a representação de interesses privados no sistema estatal e realiza-se por *lobbies* e por organizações profissionais) e pelo canal organizacional (relacionado a um espaço não institucionalizado da política, formado por grupos identificados a partir de um déficit de reconhecimento).<sup>180</sup>

Para a “salvação” da representação política, alguns autores apresentam o mandato partidário. Hans Kelsen aponta, em escrito da década de 1920, os partidos políticos como “um dos elementos mais importantes da democracia real”, única forma de influência do indivíduo na vontade do Estado. E é enfático: “Só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem partidos políticos”.<sup>181</sup>

Contra a representação, coloca-se, para alguns autores, a “multidão”. A multidão, que rejeita a homogeneização dos conceitos de nação e povo, é multicolorida e atua politicamente na busca da democracia,<sup>182</sup> resistindo ao “Império” e criando novos espaços a partir de demandas por cidadania global, condições de vida e controle sobre a produção.<sup>183</sup> E a

---

<sup>179</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Op. cit., capítulo 1.

<sup>180</sup> AVELAR, Lúcia. Participação política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 223-235.

<sup>181</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Op. cit., p. 39-40. Trata-se do ensaio *Essência e valor da democracia*, publicado em 1920 e revisto em 1929.

<sup>182</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão*. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 13 e seguintes. A noção de multidão parte da ideia de biopoder (em que o poder toma conta da vida, fazendo viver e deixando morrer, concentrando-se não mais sobre o indivíduo, mas sobre a população, com uma estratégia política nova), desenvolvida por Michel Foucault na última aula do seu curso *Em defesa da sociedade* e retomada no curso *Segurança, território, população* (FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002; FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*. Tradução: Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006).

<sup>183</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2001. Capítulo 4.3.

multidão não se deixa representar: é “*autoconvocable*”, estrutura-se em redes de participação e de tomada de decisões.<sup>184</sup>

Com uma visão menos romântica, adverte Brian Seitz que a democracia, para além da representação, não se mostrará como uma democracia direta, como “a voz pura da soberania popular” ou “a vontade orgânica do povo”, mas como uma hegemonia organizada tecnologicamente que marcaria o fim do conflito ontológico da representação.<sup>185</sup>

Com a superação do conflito, no entanto, pouco restaria de democracia.

### 1.3 O IDEAL REPUBLICANO E SEUS PARADOXOS

A falta de participação popular na proclamação da República brasileira é evidenciada por historiadores, como José Murilo de Carvalho. O autor aponta as discussões sobre o modelo republicano a ser adotado, as “tradições” republicanas em disputa e a luta pela construção do “mito de origem”, com a elaboração de estórias, heróis e símbolos. O autor utiliza a expressão de Aristides Lobo e afirma que o povo assiste ao nascimento da República “bestificado”, surpreendido.<sup>186</sup>

Maria Garcia aponta que nos movimentos e insurreições no final do século XVIII e na primeira metade do século XIX no Brasil – Inconfidência Mineira, Inconfidência Baiana (Revolta dos Alfaiates), Revolução Pernambucana, Confederação do Equador, Cabanada, Revolução dos Farrapos e Sabinada – encontram-se demandas republicanas.<sup>187</sup> A autora afirma, no entanto, que após a proclamação, as “diversas repúblicas” brasileiras evidenciam “a descontinuidade do processo democrático, seus hiatos e lacunas e, ao mesmo tempo, a desvinculação entre as instituições firmadas em nome do regime republicano, nas suas bases populares e as raízes populares”.<sup>188</sup>

Não obstante, é possível afirmar que o momento constituinte democrático que culmina na Constituição de 1988 promove a fundação de uma República. A partir do novo

---

<sup>184</sup> ZIBECHI, Raul. *Poder y representación: ese estado que llevamos dentro*. Op. cit.

<sup>185</sup> SEITZ, Brian. *The trace of political representation*. Op. cit., p. 157. Quem sabe seja o “pensamento único” da globalização capitalista, denunciado por Milton Santos (SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001).

<sup>186</sup> CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. Vale conferir também a análise do jornalista Hélio Silva (SILVA, Hélio. *1889: a República não esperou o amanhecer*. Porto Alegre: L&PM, 2005).

<sup>187</sup> Raymundo Faoro exterioriza essa impressão na sua análise sobre a formação da política brasileira (FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 3. ed, rev. São Paulo: Globo, 2001 [1957], p. 303 e ss).

<sup>188</sup> GARCIA, Maria. *A República no Brasil*. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização / Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985, p. 21 e 44.

ordenamento constitucional, a sociedade brasileira, republicana por acaso e no susto, tem um substrato normativo que autoriza afirmar que o Estado brasileiro está fundado em um ideal republicano e que permite a construção de um *idem sentire de republica*.<sup>189</sup>

A noção de república não se contrapõe à monarquia. Em escrito do século XVIII, Edmund Burke defende que a monarquia inglesa não se garante apenas pela não violação da lei pelo príncipe, mas exige que os poderes discricionários do monarca “*deben ser ejercidos todos ellos basándose en principios públicos y fundamentos nacionales y no en las preferencias o los prejuicios, las intrigas o la política de una corte*”. Ressalta que todos – parlamentares, juízes e o rei – são “*fideicomisarios del pueblo*”, “*porque ningún poder se confiere para beneficio exclusivo de su poseedor*”.<sup>190</sup> A noção de princípios públicos como critério de legitimidade da ação política está vinculada ao ideal republicano. Seus inimigos não se confundem com o rei.

Philip Pettit aponta que o pensamento republicano a respeito da cidadania e do governo parte de uma noção de confiança e de que o papel do governo é promover a liberdade dos cidadãos. A confiança nos governantes deriva de convicção de sua atuação de acordo com as regras legais e com uma disposição cooperativa, vista como uma virtude cívica, sendo assim ao mesmo tempo impessoal e pessoal. Ainda que a confiança impessoal seja garantida por alguns mecanismos, como mandatos limitados, separação de poderes e controle democrático, a relação republicana entre governantes e governados sempre pressupõe a virtude, a confiabilidade tanto nos cidadãos como naqueles que exercem o poder. Ao cidadão, ressalta o autor, cabe a eterna vigilância: sem isso, não há esperança para a virtude pública.<sup>191</sup> para que haja liberdade é necessária uma virtude cívica, que exige disposição para a participação no governo e determinação para o exercício de uma eterna vigilância em relação aos governantes.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> Jürgen Habermas aponta que a ideia de que a formação do Estado constitucional democrático exige um povo que se autodetermine. “Caso o povo, porém, que se autocompreendia autoritativamente, não tivesse se tornado uma nação de cidadãos autoconscientes, haveria faltado força propulsora a uma reformulação jurídico-política como essa, e também força vital à república formalmente instruída”. A ideia de nação vem preencher a lacuna, “capaz de integrar as consciências morais” (HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional europeu – sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade. In: \_\_\_\_\_. *A Inclusão do outro*. Estudos de teoria política. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004 [1996], p. 127-151, p. 135).

<sup>190</sup> BURKE, Edmund. Pensamientos sobre las causas del actual descontento. In: \_\_\_\_\_. *Textos políticos*. Tradução: Vicente Herrero. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1942 [1770], p. 259-293, p. 268 e 274.

<sup>191</sup> PETTIT, Philip. Republican Theory and Political Trust. In: BRAITHWAITE, Valerie; LEVI, Margaret (Ed.). *Trust and Governance*. New York: Russell Sage Foundation, 1998, p. 295-314.

<sup>192</sup> PETTIT, Philip. Republican Political Theory. In: FLEURBAEY, Marc; SALLES, Maurice; WEYMARK, John A. (Ed.). *Justice, Political Liberalism, and Utilitarianism*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 389-410: “*The price of liberty is civic virtue, then, where that includes both a willingness to participate in government and a determination to exercise eternal vigilance in regard to the governors*” (p. 389).

É possível aproximar o ideal republicano como compartilhamento de valores da noção de *Verfassung*. Entendida como uma condição histórico-existencial e como uma comunidade de homens que se articulam permitindo a construção de uma comunidade política e, portanto, do Estado,<sup>193</sup> pressupõe a assunção de um conjunto de valores que informa a ordem jurídica e a atuação dos poderes públicos.

Esses valores, no entanto, como aponta António Manuel Hespanha, não são valores densos ou espessos. Há um acordo entre valores finos, mínimos: todos estão de acordo com a ideia democrática, mas não com o seu conteúdo.<sup>194</sup> Para Antonio D'Atena, o valor comum fundamento de todas as regras é a igualdade dos cidadãos.<sup>195</sup>

Para Zygmunt Bauman, a ideia republicana não impõe um modelo de vida correta, mas promove “a capacitação dos cidadãos para discutirem livremente os modelos de vida de sua preferência e praticá-los. A república é uma ampliação, não uma redução de opções – seu objetivo é aumentar, não limitar as liberdades individuais”.<sup>196</sup> Em Aristóteles, o melhor governo é “aquele no qual cada um encontre a melhor maneira de viver feliz”.<sup>197</sup> Essa vertente do ideal republicano encontra especial guarida em Constituições como a Carta brasileira de 1988.<sup>198</sup>

O ideal republicano reflete o valor da igualdade.<sup>199</sup> Esse valor, bem final a ser perseguido, reveste-se constitucionalmente de um princípio da igualdade, com força normativa e que se mostra como um bem inicial com conteúdo normativo que orienta as

---

<sup>193</sup> Noção de *Verfassung* a partir do entendimento de Maurizio Fioravanti. (FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione: Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 191). O autor ressalta que a *Verfassung* não pode ser criada nem pela vontade contratual dos indivíduos e nem pela vontade do Estado (p. 193).

<sup>194</sup> HESPANHA, António Manuel. *O liberalismo do Estado liberal: o exemplo português do constitucionalismo monárquico (1800-1910 – confrontos com o Brasil)*. Op. cit. Francisco Weffort, em escrito de 1985, afirma que a luta política no Brasil então era uma luta em torno do significado da democracia (WEFFORT, Francisco. *Por que democracia?* Op. cit., p. 59).

<sup>195</sup> D'ATENA, Antonio. *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*. Op. cit., p. 440.

<sup>196</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 190. Há, no entanto, que se atentar para uma ressalva do autor. A ideia republicana nega a necessidade da memória histórica e se coloca como fábrica do bem comum a partir da capacidade humana de criticar, raciocinar e julgar, pressupondo a tríplice liberdade de discurso, de expressão e de associação e colocando a felicidade universal como propósito supremo da república. O perigo da república é o de fazer o compromisso errado e sua proposta é garantir uma liberdade positiva aos seus cidadãos, combinando a liberdade individual contra a interferência e o direito do cidadão intervir, como argamassa que une a comunidade republicana (p. 166-169).

<sup>197</sup> Conforme ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 59.

<sup>198</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Op. cit., p. 367.

<sup>199</sup> Para Roberto Gargarella, a primeira promessa do Direito é a igualdade (GARGARELLA, Roberto. *Aula magna*. Proferida na Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: 02 mar. 2009). Para o autor, a tradição radical republicana, inspiração na América Latina no século XIX, buscava realizar as condições materiais do constitucionalismo (GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo, democracia e poder judiciário*. Ciclo de palestras proferidas no Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR, Curitiba, 02 e 03 mar. 2009).

ações.<sup>200</sup> Além disso, a exigência de igualdade é indispensável para a concepção deliberativa de uma teoria epistêmica de democracia: igual voz e igual voto são condições para a caracterização de uma igualdade substantiva.<sup>201</sup>

Não se trata de uma visão liberal da igualdade, que considera os sujeitos como igualmente proprietários de seu próprio corpo, como iguais em face do contrato social, iguais cidadãos em Rousseau e iguais membros da Nação, como ressalta Pietro Costa. O autor sublinha que, neste contexto, a defesa dos direitos contra o poder também significa a defesa da liberdade contra a igualdade. A igualdade, para o liberalismo, é uma igualdade formal, jurídica, que compõe a cidadania apenas na medida em que permite que todos se tornem titulares de direitos. Essa é a única igualdade compatível com sua noção de liberdade.<sup>202</sup>

A liberdade, no pensamento republicano, é vista como não-dominação. A não-dominação não exclui a interferência, mas apenas a interferência arbitrária, substancial ou procedimental, e ainda que potencial,<sup>203</sup> sublinha Philip Pettit. A inexistência de dominação permite que todos sejam iguais, sem que ninguém precise fazer deferência a outro, nem temê-lo. A lei republicana não restringe a liberdade e nem a compromete, apenas a condiciona. Além disso, o significado do ideal republicano implica uma noção de justiça distributiva: a máxima distribuição da liberdade, tida como não-dominação, requer um compromisso com a redistribuição, que serve para afastar os fatores que permitem a dominação.<sup>204</sup>

Como afirma Sérgio Cardoso, a ideia republicana pressupõe “um espaço comum equalizador, definido pela implicação de todos os cidadãos no sistema das decisões políticas”, extrapolando a exigência de democracia política para alcançar “a democratização econômica, social e cultural”.<sup>205</sup>

Roberto Gargarella se dedica a analisar o republicanismo contemporâneo, que surge no final do século XX e acaba combinando críticas liberais e comunitaristas. Para o autor, essa corrente de pensamento defende valores cívicos (como a igualdade, a integridade, a

---

<sup>200</sup> Toma-se, aqui, a distinção explanada por Gustavo Zagrebelsky. Os valores autorizam a ação ou o juízo em relação ao resultado, ao fim buscado, enquanto os princípios estabelecem o conteúdo legítimo das ações ou juízos que perseguem valores a partir de direções, sem indicação precisa da ação ou do juízo (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto per: valori, principi o regole?* (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Firenze, t. 1, n. 31, p. 865-897, 2002).

<sup>201</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op. cit., p. 92.

<sup>202</sup> COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Op. cit., p. 27-28.

<sup>203</sup> Newton Bignotto afirma que “[p]ara os novos republicanos, um cidadão não deve apenas não sofrer interferência em sua independência (liberdade negativa), ele deve ter a garantia institucional de que tal não ocorrerá” (BIGNOTTO, Newton. *Humanismo cívico hoje*. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000, p. 49-69, p. 56). Vale repetir que não se trata de interferência, mas de interferência arbitrária, que configura dominação.

<sup>204</sup> PETTIT, Philip. *Republican Political Theory*. Op. cit., p. 389-410.

<sup>205</sup> CARDOSO, Sérgio. Notas sobre a tradição do ‘governo misto’. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000, p. 27-48, p. 29.

solidariedade, o compromisso com os demais, entre muitos outros) e uma ideia forte de liberdade – que exige um conjunto de condições políticas e econômicas para que possa se realizar. O Estado, assim, precisa atuar no sentido de assegurar essas condições, mas sempre sob o controle efetivo dos cidadãos. A preocupação de Gargarella com o republicanismo está na possibilidade de intervenção na esfera individual, a partir da exigência de determinadas posturas morais, com um ideal de excelência que alcance a autonomia individual. É possível, no entanto, um compromisso sem envolver uma concepção moral vigorosa, assumindo valores “institucionalmente circunscritos” – exige-se um compromisso com o bem público, mas cada indivíduo pode desenvolver sua vida da maneira como melhor lhe aprouver.<sup>206</sup>

A ideia de igualdade tomada pela Constituição de 1988 indica possibilidades de leitura, que extrapolam a noção de igualdade formal e se ajustam à noção de liberdade republicana.<sup>207</sup> Não é possível, em nenhum momento, esgotar a exigência em uma “igualdade perante a lei”. A configuração social do Estado exige uma atuação estatal efetiva no sentido de aprofundar as condições igualitárias de vida, de participação política e de realização pessoal.

Não se trata de uma Constituição comunitarista,<sup>208</sup> mas uma Constituição republicana, que combina elementos liberais e elementos igualitários. O Estado e a Constituição não são axiologicamente neutros, mas não impõem um conteúdo fechado para os valores que elege a partir de uma deliberação democrática.<sup>209</sup>

Os objetivos da República Federativa do Brasil, expostos no artigo 3º da Constituição – construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e

---

<sup>206</sup> GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [1999], p. 183-221. Outra importante questão levantada pelo autor diz respeito à primazia do bem comum sobre os direitos individuais, defendida pelo republicanismo.

<sup>207</sup> Sérgio Cardoso aduz que as reivindicações republicanas compõem o que resta da cultura política de esquerda, depois do abandono da exigência da socialização dos meios de produção e da riqueza social e da democratização da vida social e política (CARDOSO, Sérgio. *Notas sobre a tradição do 'governo misto'*. Op. cit., p. 27).

<sup>208</sup> Roberto Gargarella traz a crítica aos comunitaristas e sua visão de que nem todos os ideais de vida boa são igualmente valiosos (GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Op. cit., p. 141 e ss). À frente, Gargarella traz a posição de Joseph Raz, para quem “o fato de o Estado agir motivado por certos ideais do bem não implica assumir que exista apenas uma concepção moral plausível (pelo contrário – acrescenta –, o perfeccionismo é compatível com um ‘pluralismo de valores’ – com a ideia de que existem múltiplas formas de vida muito diferentes entre si, e todas elas preciosas)” (p. 167).

<sup>209</sup> A não ser que se tenha uma visão fraca do comunitarismo, como a de Gisele Cittadino, que afirma sua compatibilidade com múltiplas identidades sociais, com uma ideia de justiça sob valores compartilhados (desde que fracamente) e com uma visão da Constituição que traz como conteúdo um projeto social. Sob esse prisma, a autora defende que há um “constitucionalismo comunitário” no Brasil, a partir do estabelecimento de um fundamento ético para a ordem jurídico e da prioridade aos valores da igualdade e da dignidade. A autora afirma, ainda, que a Constituição de 1988 traz uma linguagem comunitária (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000).

promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais outras formas de discriminação – também podem ser compreendidos como exigência de tratamento de todos os cidadãos com igual consideração e respeito.

O adjetivo “solidária” remete a uma relação de pertencimento à comunidade, à responsabilidade conjunta pelos atos e pelos destinos da sociedade, e a tarefa de erradicação da pobreza e da marginalização evidencia a necessidade de se integrar todos à categoria de cidadãos, se justifica em relação ao aperfeiçoamento das instituições democráticas. Não parece haver dúvidas em relação aos demais objetivos: nenhum deles valoriza ou desvaloriza concepções de vida e de moral individuais.

O bem comum<sup>210</sup> da sociedade brasileira, definido pelo artigo 3º e por outros dispositivos da Constituição, critério de aferição da legitimidade e da legalidade da atuação do Estado, não interfere na liberdade individual. Suas exigências se relacionam a uma noção de igualdade, mas não uma igualdade total. É uma noção de bem comum que permite a realização da comunidade política.

O modelo republicano de democracia, que não pressupõe uma verdade moral objetiva, mas está aberto à discussão dos fins e meios da sociedade política, impõe, no entanto, a cooperação dos cidadãos.<sup>211</sup> Também no cerne da ideia republicana está a visibilidade da decisão política. Para Jônatas Machado, o governo republicano se caracteriza pela instrução pública, o direito de sufrágio e a liberdade de expressão.<sup>212</sup> Ainda é possível vislumbrar no ideal republicano a vinculação dos agentes estatais a funções, em uma insuperável relação

---

<sup>210</sup> Sublinha Newton Bignotto que se “a noção de bem público pode nos parecer abstrata, a ideia de que o melhor de todos é a somatória dos interesses particulares também não possui a objetividade alegada por alguns teóricos” (BIGNOTTO, Newton. *Humanismo cívico hoje*. Op. cit., p. 64). Além disso se a ausência de concretude for obstáculo para a defesa de um valor ou de um princípio, não se pode afirmar que o Estado brasileiro defende a liberdade e a igualdade ou que o constitucionalismo garante a democracia. Deveria, então, ser completamente descartada a expressão “Estado de Direito”. E mais, vale trazer a ressalva de Zygmunt Bauman, sobre a descrença na existência de um bem comum e suas consequências: “Como a arte de negociar interesses comuns e um destino compartilhado vem caindo em desuso, raramente é praticada, está meio esquecida ou nunca foi propriamente aprendida; como a ideia do ‘bem comum’ é vista com suspeição, como ameaçadora, nebulosa ou confusa – a busca de segurança numa identidade comum e não em função de interesses compartilhados emerge como o modo mais sensato, eficaz e lucrativo de proceder; e as preocupações com a identidade e a defesa contra manchas nela tornam a ideia de interesses comuns, e mais ainda interesses comuns negociados, tanto mais incrível e fantasiosa, tornando ao mesmo tempo improvável o surgimento da capacidade e da vontade de sair de busca desses interesses comuns” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 124).

<sup>211</sup> Para Andrea Greppi, essa concepção de Carlos Santiago Nino o aproxima do perfeccionismo de John Stuart Mill e do modelo de cidadão virtuoso de Rousseau. Ainda, afirma que Nino estabelece seu modelo valioso de cidadania sem considerar a vontade concreta dos indivíduos (GREPPI, Andrea. *Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino*. Op.cit., p. 252-253).

<sup>212</sup> MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 52 e 61.

entre sua competência e suas tarefas, todas constitucionalmente determinadas, além da reserva de autodeterminação individual.<sup>213</sup>

Geraldo Ataliba afirma que o princípio republicano é o mais importante do ordenamento constitucional. A República é a síntese de todas as instituições e implica a representação do povo do exercício das funções públicas. O princípio republicano exige comprometimento dos governantes com as instituições e com a função que exercem. A República exige ainda a livre expressão das minorias, a existência de canais de oposição institucional. Aduz que três princípios são a base das instituições republicanas: a legalidade, a isonomia e a intangibilidade das liberdades públicas.<sup>214</sup>

A igualdade de acesso aos postos eletivos de poder como elemento do princípio republicano é a ênfase de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: uma república constitucional pressupõe a igualdade de condições, sem quaisquer distinções, na investidura no poder e o acesso aos cargos públicos, desde que preenchidas as condições constitucionais e legais.<sup>215</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello dedica-se ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade, afirmando a imposição de tratamento desigual quando há um fator de discrimen relevante. A distinção de tratamento, no entanto, deve ser coerente com a diferença real e coadunar-se com os valores e princípios constitucionais.<sup>216</sup>

A noção de “constituição-projeto” ou “*costituzione-indirizzo*” se relaciona não apenas à atribuição de tarefas ao Estado, mas também à imposição de funções aos cidadãos. A partir da compreensão da Constituição como um sistema de valores, não apenas o Estado tem o seu poder limitado pela perseguição de determinados fins, mas a sociedade passa a ser vista como uma *universitas*, na qual cada integrante tem um papel a cumprir para a realização de uma empresa coletiva.<sup>217</sup>

---

<sup>213</sup> Ressalta Eduardo García de Enterría que o conteúdo da Constituição, estabelecido popularmente, determina que “*los ejercentes del poder serán agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios, y, por su parte, esas funciones han de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de zonas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales)*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983, p. 44-45).

<sup>214</sup> ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. O autor afirma que os princípios da República e da Federação “exercem função capitular da mais transcendental importância, determinando inclusive como interpretar os demais”, são reiterados por inúmeras outras disposições constitucionais e configuram um núcleo rigidíssimo da Constituição (ATALIBA, Geraldo. Eficácia dos princípios constitucionais – República – Periodicidade e alternância – Reeleição das mesas do Legislativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 55-56, p. 166-170, jul./dez. 1980.).

<sup>215</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 147.

<sup>216</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 21.

<sup>217</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne*. Op. cit., p. 136 e 139.

Uma das facetas positivadas do ideal republicano em sua relação com o cidadão está na obrigatoriedade do voto. Sua aceitação, no entanto, não é pacífica em face do princípio democrático e da ideia de liberdade. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “o voto obrigatório degrada tanto a qualidade quanto a representatividade efetiva dos eleitos”, ao desvalorizar a decisão de votar e permitir mais facilmente a manipulação.<sup>218</sup>

Maurizio Fioravanti se refere ao voto como função ao explicar o modelo estatalista das liberdades. Nessa visão, em que o Estado surge como origem dos direitos, a escolha dos representantes não significa o exercício de uma liberdade originária do indivíduo nem configura uma transferência de poder. Há o exercício de uma função, “aquela de designar, no interesse público e sobre a base exclusiva do direito positivo estatal, aqueles que terão a tarefa de expressar a soberania do Estado em forma de lei”.<sup>219</sup>

O ideal republicano e o Estado social exigem do cidadão. Determinam-lhe uma postura mais ativa do que a posição liberal clássica. Cobram-lhe um sentimento de pertencimento e de compartilhamento de destino, uma preocupação crescente com a coletividade e uma solidariedade, ao menos objetiva e econômica.

Passa-se a exigir do indivíduo não apenas a escolha de candidatos e sua mínima vigilância. O voto periódico, que aprova ou desaprova mandatários ou adere a determinada candidatura, não basta. Uma cidadania ativa passa a ser reivindicada, uma democracia para além do momento eleitoral, uma opinião pública que supere o resultado das urnas e as pesquisas de opinião.

Do cidadão passa a ser demandado um papel protagônico, não apenas na defesa de seus direitos, mas também “*en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes*”, em uma atuação efetiva.<sup>220</sup>

Além dos deveres cidadãos, o princípio republicano exige um sentimento constitucional.<sup>221</sup> Um compartilhamento de valores – ainda que finos – que permita a configuração de uma comunidade jurídica.

---

<sup>218</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Representatividade e democracia. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coords.). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 41-53, p. 43.

<sup>219</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne*. Op. cit., p. 47: “... *che è quella di designare, nell'interesse pubblico e sulla base esclusiva del diritto positivo statale, coloro che avranno il compito di esprimere la sovranità dello Stato in forma di legge*”.

<sup>220</sup> MONTUFAR, Cesar. Antipolítica, representación y participación ciudadana. *Ecuador Debate*, Quito, n. 62, ago. 2004. Disponível em: [www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm](http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm). Acesso em: 03 mar. 2009. O autor se refere a quatro linhas de ação: exigência e expansão de direitos e garantias; controle, vigilância e petição de contas; colaboração com a autoridade e fortalecimento institucional; e inovação política.

<sup>221</sup> Para Cármen Lúcia Antunes Rocha o Brasil sofre de “uma das piores pragas que pode corroer a prática jurídica e democrática de um povo: o desconhecimento ou a não vivência do sentimento constitucional” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *A Constituição segundo a lei eleitoral ou a lei eleitoral segundo a*

Contemporaneamente, a questão da cidadania encontra-se inserida em uma lógica de mercado. Fala-se em usuário, em direitos contra o Estado, e os deveres republicanos são excluídos do discurso. Talvez efeito do esvaziamento da política, talvez a descrença na democracia.<sup>222</sup>

---

Constituição. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 30, out.1998. Disponível em: [http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo\\_impresso.php?cod\\_texto=54](http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=54). Acesso em: 02 fev. 2004).

<sup>222</sup> “... o outro lado da individualização parece ser a corrosão e a lenta desintegração da cidadania”. “Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público. O ‘público’ é colonizado pelo ‘privado’; o ‘interesse público’ é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As ‘questões públicas’ que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Op. cit., p. 46).

## 2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 INSTITUI O ESTADO BRASILEIRO A PARTIR DE PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES INTANGÍVEIS

O núcleo de uma Constituição é formado pela expressão dos valores fundantes da ordem jurídica, como conteúdo central da decisão política fundamental. Esses valores se juridicizam em princípios normativos, que estão para além do poder de reforma da Constituição.<sup>223</sup> Tais princípios se revestem de força normativa e têm seu recorte fracamente evidenciado por sua enunciação (sempre por termos imprecisos) e fortemente estabelecido pelos demais princípios constitucionais estruturantes, que formam o arcabouço do ordenamento.

Maurice Hauriou, ao tratar da supremacia da ordem constitucional, não se refere à Constituição escrita, mas à superlegalidade constitucional que, para além do texto, “*compreende también todos los principios fundamentales del régimen, es decir, los principios individualistas – que son la base del Estado – y los principios políticos – que son la base del gobierno*”.<sup>224</sup>

Há uma primazia interpretativa absoluta desses princípios. Eduardo García de Enterría, sustentando sua intangibilidade, afirma sua posição hierarquicamente superior e sua função de presidir a interpretação da Constituição e de todo o ordenamento. Para o autor, esses princípios consistem nas opções constitucionais básicas que singularizam e configuram o sistema político, refletindo valores supremos superconstitucionais.<sup>225</sup>

Konrad Hesse acentua o conteúdo da Constituição a partir da fixação de princípios reitores que alicerçam a unidade política e configuram as tarefas do Estado. A Constituição funda a ordem jurídica fundamental, define os procedimentos para a resolução dos conflitos e regula a organização e o procedimento de formação da unidade política.<sup>226</sup>

---

<sup>223</sup> Pietro Costa, com base em Ferrajoli, se refere aos “*principi indecibibili*” como proteção da Constituição em face da democracia, com um entendimento de um caráter metaestatal dos princípios e dos direitos fundamentais para permitir-lhes a resistência ao “*decisionismo della politica*” (COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 49).

<sup>224</sup> HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Tradução: Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927, p. 325. Sobre a existência de princípios implícitos, o autor afirma: “*hay otros muchos principios que no necesitan texto, porque lo característico de los principios es existir y valer sin texto*” (p. 327).

<sup>225</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983, p. 99 e 231.

<sup>226</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Seleção, tradução e introdução: Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992 [1966/1959/1974], p. 16. Para José Alfredo de Oliveira Baracho, “[o] núcleo material da Constituição é definido por suas dimensões normativo-materiais fundamentais que, por sua vez, alimenta todo o projeto constitucional. Como estatuto jurídico do político ou como estatuto fundamental da comunidade, objetiva, entre outros, alguns dados essenciais: dignidade da pessoa

Além disso, o autor ressalta que o núcleo material da Constituição está para além do alcance da modificação constitucional, pois se compõe dos “elementos fundamentais da ordem democrática e estatal-jurídica da Lei Fundamental”. Estão incluídos nesse núcleo material os direitos fundamentais, o princípio da divisão de poderes (como “princípio organizacional sustentador da Constituição”), os fundamentos da ordem democrática – “a legitimação do domínio pela maioria do povo, a oportunidade igual e a proteção das minorias, o processo político aberto e livre da democracia” – e ainda os princípios do Direito Eleitoral, “a cooperação dos partidos na formação da vontade política, o princípio do pluripartidarismo, a liberdade de fundação e a igualdade de oportunidades dos partidos políticos, o controle parlamentar e o direito à oposição parlamentar”, as bases da ordem estatal-federal e os dispositivos sobre a reforma da Lei Fundamental.<sup>227</sup>

Para Manuel Aragon, a característica de uma Constituição principialista é poder se adaptar às mudanças sociais e suas novas demandas, mas a constitucionalização dos seus princípios impõe limites às mutações desvirtuadoras da normatividade constitucional. Deve-se evitar, assim, a busca de valores implícitos, como princípios não positivados, em uma tarefa que o juiz substitui o legislador.<sup>228</sup>

Para Luis Sanchez Agesta, aproximando-se de Maurice Hauriou, três elementos formam um regime constitucional: um núcleo central de ideias, externado por princípios que se vinculam à legitimidade do poder, a organização do Estado e de seus órgãos e uma ordem econômica e social.<sup>229</sup> Sem esses componentes, não há o que se pensar em um Estado constitucional. E as escolhas centrais não podem ser objeto de alterações pelos poderes

---

humana, a regulação da vida comunitária pelo direito e o processo democrático” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O abuso do poder econômico nas constituições brasileiras. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 71, p. 57-81, jul. 1990, p. 58).

<sup>227</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 512-516.

<sup>228</sup> ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 8, v. 24, p. 9-45, sep./dec. 1985, p. 17. O autor faz uma longa citação do voto do magistrado Rubio Llorente na sentença 53/85 do Tribunal Constitucional Espanhol, que vale trazer aqui: “*El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos ‘encarnan’, para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador, o quizá más aún, al próprio poder constituyente*”. E adiante: “*La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al juez*” (p. 23).

<sup>229</sup> SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 7. ed. Madrid: Universidade de Madrid, 1980, p. 51. Na página 56 desta obra, o autor traz um quadro intitulado “A autoridade e as formas de governo” em que distingue as formas puras democracia e constitucionalismo. A primeira tem como princípio do poder a soberania da nação, como fundamento de autoridade a vontade atual do povo, como função o interesse nacional e a liberdade e como título da autoridade eleição ou representação. No constitucionalismo, a segurança e os fins institucionais configuram o princípio do poder, o poder como competência jurídica é o fundamento de autoridade, sua função se relaciona ao respeito ao Direito e à liberdade e o título da autoridade se vincula ao acesso ao poder regulado pelo Direito.

constituídos, sob pena de inexistir um conteúdo realmente com força constitucional – tudo fica à mercê da autoridade constituída, sem o respeito à autoridade constituinte.

Nem mesmo o povo soberano, por manifestações de vontade que não se configurem constituintes, poderá alcançar esse conjunto de valores externados em princípios e que evidenciam o esqueleto constitucional. O constitucionalismo importa o estabelecimento de limites ao próprio poder soberano, ao menos em sua atuação cotidiana, em que ele se manifesta por meio de seus representantes ou diretamente, mas sem uma ruptura constitucional.

O isolamento em face da política majoritária das disposições constitucionais estruturais é democrático, afirma Cass Sunstein, enquanto assegure a atuação estatal no interesse do povo.<sup>230</sup> Com Gustavo Zagrebelsky, a Constituição “*es aquello sobre lo que no se vota; o mejor, en referencia a las constituciones democráticas, es aquello sobre lo que ya no se vota, porque ya ha sido votado de una vez por todas, en su origen*”.<sup>231</sup>

Assim se configuram os princípios constitucionais estruturantes, inclusive os relativos ao Direito Eleitoral. São decisões inatingíveis, que formam o núcleo duro da Constituição: são os pilares do Estado brasileiro. Apenas um novo momento constituinte, que venha a substituir a estruturação estatal e as determinações políticas fundamentais, ao fazer tábula rasa do ordenamento jurídico vigente, pode afastar esses princípios.

Essa compreensão do constitucionalismo e da existência de um núcleo duro e inatingível da Constituição é que possibilita o desenvolvimento de uma “vontade de Constituição”, que leva à realização de seus conteúdos e à sua vigência real.<sup>232</sup> Sem ele, e sem

---

<sup>230</sup> SUNSTEIN, Cass R. Constituciones y democracias: epílogo. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 344-371, p. 344-345. Para o autor, as disposições estruturais se destinam a minimizar as patologias das concepções de democracia – assim, a separação de poderes tende a limitar o poder das facções e o exercício do poder em benefício próprio. E afirma: “*Los temores por partida doble a la tiranía faccional y a la representación egoísta a menudo han sido importantes fuerzas motivadoras tras las disposiciones estructurales*”.

<sup>231</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*. El Tribunal Constitucional y la política. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008 [2005], p. 27. O autor é enfático: a Constituição fixa os pressupostos da vida em comum e as regras de exercício do poder público e os coloca para além da batalha política (p. 29).

<sup>232</sup> Para Konrad Hesse, “[l]a voluntad del constituyente histórico no puede fundamentar la vigencia real de la Constitución y, desde luego, no puede mantenerla”. A força normativa da Constituição está condicionada pela possibilidade de realização dos seus conteúdos. “*Cuanto más intensa sea la ‘voluntad de Constitución’ (Wille zur Verfassung) tanto más lejos cabrá situar los límites de las posibilidades de realización de la Constitución*” (HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. cit., p. 26-27). Segundo Carlos Ayres Britto, a vontade da Constituição de 1988 é ótima, mas a vontade de Constituição da sociedade brasileira está aquém da Constituição (BRITTO, Carlos Ayres. *Democracia como princípio, meio e fim*. Palestra proferida na Jornada jurídica em homenagem ao professor Jorge Miranda: os 20 anos da Constituição Brasileira de 1988, Brasília, 03 out. 2008).

a vontade, não há Constituição, pois suas normas centrais sempre poderão ser alteradas, formal ou informalmente, confundindo-se com a legislação ordinária.

## 2.1 OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO ESTADO BRASILEIRO

Os princípios estruturantes configuram decisões políticas formadoras do núcleo estabilizado da Constituição, que está fora do debate político democrático, para além do alcance da discussão política ordinária. São “as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”, que formam o núcleo essencial da Constituição e lhe garante identidade e estrutura.<sup>233</sup>

A identificação dos princípios estruturantes depende das escolhas constituintes efetivamente realizadas na construção da Constituição e, portanto, não são as mesmas em todos os ordenamentos jurídicos.

Lendo a Constituição espanhola, Eduardo García de Enterría aponta como princípios estruturantes a democracia, o Estado de Direito, o Estado Social de Direito, a liberdade e a igualdade, as autonomias territoriais das nacionalidades e regiões, a indissociabilidade do território espanhol, o sistema formal de liberdades, a monarquia parlamentar e a decisão pelo princípio da legalidade.<sup>234</sup>

Jorge Reis Novais indica como princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa o princípio do Estado de Direito, o princípio da sociabilidade e o princípio democrático. O princípio do Estado de Direito tem como subprincípios densificadores a dignidade, a igualdade, a proibição do excesso, a segurança jurídica e a proteção de confiança. O princípio da sociabilidade impõe o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais.<sup>235</sup> José Joaquim Gomes Canotilho traz um elemento a mais: o princípio da unidade do Estado.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1099 e 1110. O autor afirma que os princípios estruturantes são “constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional” (p. 1099). José Roberto Vieira inclui nesses princípios a República, afirmando sua configuração como cláusula imutável e intocável (VIEIRA, José Roberto. República e Democracia: óbvios ululantes e não ululantes. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 77-100, 2003, p. 86).

<sup>234</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit., p. 98-99.

<sup>235</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

<sup>236</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 235-347. Na parte referente à teoria da Constituição, o autor inclui ainda o princípio republicano (p. 1099).

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam a significação específica de cada princípio, com a existência de um conteúdo próprio, mas acentuam sua atuação conjugada, sua articulação complementar e seu condicionamento recíproco. Além disso, ressaltam as “*deslocações compreensivas*” dos princípios: “modificações relativas à compreensão do conteúdo de um princípio são suscetíveis de produzir reflexos no correcto entendimento do outro”. Da aplicação dos princípios exige-se concordância prática e harmonização, para que se possa extrair de todos sua máxima efetividade.<sup>237</sup>

Os princípios estruturantes apresentam, para José Joaquim Gomes Canotilho, uma dimensão constitutiva (pois “exprimem, indiciam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional”) e uma dimensão declarativa, ao assumirem a natureza de “superconceitos” ou “vocábulos designantes” em relação aos seus subprincípios e às concretizações normativas constitucionais. Além disso, esses princípios são “*dimensões paradigmáticas* de uma ordem constitucional ‘justa’” e servem para avaliar a “*legitimidade e legitimação* de uma ordem constitucional positiva”.<sup>238</sup>

Pode-se verificar, na Constituição brasileira, o Estado de Direito, Democrático e Social, de cunho fortemente constitucional, a República e o pluralismo como princípios estruturantes. O Estado brasileiro se configura um Estado de Direito. O Estado de Direito exige uma separação das funções estatais típicas em diferentes órgãos de soberania para controle recíproco de atuação e para a limitação do poder, nos limites impostos pela Constituição.

Pietro Costa debruça-se sobre o tema, indicando o horizonte de sentido do termo e demonstrando os distintos conteúdos da noção em diferentes momentos e lugares. O autor indica três pontos cardeais do conceito – o poder político, o Direito e os indivíduos – e afirma que o Estado de Direito se apresenta “como um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do ‘direito’) no ‘poder’ com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos”. A principal ideia é limitar juridicamente (ou seja, pelo Direito) o poder político em favor dos sujeitos, mas sem que isso indique necessariamente a previsão e garantia de direitos individuais.<sup>239</sup> O autor ressalta que se no século XIX a noção de submissão ao Direito não extrapolava a atuação administrativa do Estado, a construção

---

<sup>237</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 73-75.

<sup>238</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1110-1111.

<sup>239</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198.

kelseniana que identifica Estado e Direito e que hierarquiza as normas jurídicas permite que toda a atividade estatal – marcadamente a legislação – seja limitada pelo Direito.<sup>240</sup>

Para Maurizio Fioravanti, assim como a Constituição pode ser entendida em dois sentidos – como suprema norma jurídica de garantia ou como princípio primeiro de unidade, ainda que em ambos se configure como um remédio contra o arbítrio – a noção de Estado de Direito pode ser compreendida por duas tradições, correspondentes aos sentidos de Constituição: um Estado limitado e dominado pelo Direito e um Estado que trabalha pelo Direito. Em sua primeira acepção, “o Estado de direito é primeiro ‘de direito’ e depois ‘Estado’”; na segunda, “o Estado de direito é primeiro ‘Estado’, e depois ‘de direito’, uma vez que se pensa que não pode existir nenhum direito a não ser sobre a base do princípio de unidade política expresso na constituição e representado pela autoridade do Estado”.<sup>241</sup>

Na elaboração teórica em torno do Estado liberal de Direito, pretende-se contrapor ao modelo democrático radical revolucionário, que tudo permite à soberania popular, uma exigência histórica de poder limitado. Busca, assim, estabelecer uma constituição como princípio de ordem de uma comunidade (*Verfassung*) e, a partir disso, como limite ao exercício do poder, e superar, ao mesmo tempo, o poder absoluto do soberano e os direitos individuais absolutos, de matriz jusnaturalista.<sup>242</sup>

António Manuel Hespanha vê o “Estado de Direito” como uma petição de princípio, percebido, em seu surgimento, como algo bom entre duas coisas más: o absolutismo e o assembleísmo. O “Direito” é filtrado pelos juristas, que racionalizam o Direito espontâneo elaborado pelas cortes, dando-lhe um caráter de continuidade. Não há nem o arbítrio do rei, nem o arbítrio do povo.<sup>243</sup>

Conforme Jorge Reis Novais, o princípio do Estado de Direito garante uma “dimensão de defesa ou reserva de autonomia e liberdade individuais face ao Poder político”.<sup>244</sup> Os fundamentos do Estado democrático de Direito são, para Clèmerson Merlin Clève, “legitimidade legalizada e lei legitimada”. A lei legítima é aquela na qual o cidadão se identifica como sujeito e objeto, como quem elabora seu conteúdo e reconhece o seu

---

<sup>240</sup> COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Op. cit., p. 35-40.

<sup>241</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione: Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 189: “*Nel primo caso, lo Stato di diritto è prima ‘di diritto’, e poi ‘Stato’, ed anzi, a rigore, è ‘Stato’ solo attraverso il diritto; nel secondo caso, all’oposto, lo Stato di diritto è prima ‘Stato’, e poi ‘di diritto’, poiché si pensa che non possa esistere alcun diritto se non sulla base del principio di unità politica espresso nella costituzione e rappresentato dalla autorità dello Stato*”.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 199-201.

<sup>243</sup> HESPANHA, António Manuel. *O liberalismo do Estado liberal: o exemplo português do constitucionalismo monárquico (1800-1910 – confrontos com o Brasil)*. Curso da Escola de Altos Estudos – CAPES, realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR, Curitiba, 16 mar. a 05 maio 2009.

<sup>244</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 32-33.

comando.<sup>245</sup> Victor Nunes Leal coloca o regime da legalidade no núcleo do Estado de direito, afirmando seu avigoramento com as constituições rígidas, que leva à distinção entre poder constituinte e poder legislativo.<sup>246</sup>

O Estado de Direito não pode ter como fundamento uma “verdade”, sob pena de se revelar intolerante e violento. Ronald Dworkin apresenta duas concepções de “Estado de Direito”. A primeira delas se identifica com a existência de texto legal que explicitamente permita, nas medidas dadas, o exercício do poder do Estado, sem referência ao conteúdo das regras. A segunda concepção é “centrada nos direitos” e parte da existência de que “os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo”: parte de uma noção de direitos individuais publicamente assumida pelo Estado para que esse se configure como um Estado de Direito. Essas diferentes concepções recomendam diferentes teorias da prestação jurisdicional, pois a concepção centrada nos direitos nega que o texto jurídico seja a fonte exclusiva dos direitos morais. Não aceita, no entanto, que os princípios rejeitados na tentativa de captação dos direitos morais pela comunidade sejam levados em consideração na tomada de decisões pelos juízes.<sup>247</sup>

Ressalta Clèmerson Merlin Clève que o Estado de Direito democraticamente configurado se revela um Estado de Justiça, justiça historicamente determinada, “juridicamente conformada pela própria Constituição”, com um determinado sentido axiológico.<sup>248</sup>

Com Paulo Bonavides, “[o] Estado de Direito não se define apenas pela legalidade, mas pelos *princípios* constitucionais, por considerações superiores de mérito, que governam e fundamentam”. O autor ressalta que o Estado social de Direito incorpora “um evangelho de valores e crenças extraídas do coração da consciência do homem”.<sup>249</sup>

Ainda que o Estado Constitucional, ou o Estado Democrático de Direito, pressuponha uma Constituição rígida, formada por um núcleo intangível, o que demanda um lugar de proteção de sua supremacia – e que esse lugar seja em regra o Poder Judiciário – isso não leva

---

<sup>245</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 85.

<sup>246</sup> LEAL, Victor Nunes. Lei e Regulamento. In: \_\_\_\_\_. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960 [1945], p. 57-91, p. 61-62.

<sup>247</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6-7 e 15-16. Afirma expressamente o autor: “Assim, um juiz que segue a concepção centrada nos direitos não deve decidir um caso controverso recorrendo a qualquer princípio que seja incompatível com o repertório legal de sua jurisdição” (p. 16). O texto utilizado aqui – Os juízes políticos e o Estado de Direito – foi publicado originalmente em 1978.

<sup>248</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 142-143.

<sup>249</sup> BONAVIDES, Paulo. A salvaguarda da democracia constitucional. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 245-260, p. 257.

ao desprestígio ou ao deslocamento do Poder Legislativo de sua função de deliberar e formar a vontade política. Apesar das críticas (cabíveis) à atuação do corpo representativo, é ali, pelo desenho constitucional, o canal de manifestação da vontade da cidadania.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho, o Estado de Direito de cunho democrático exige legalidade e legitimidade, impõe a harmonização entre a vontade da maioria democrática e os princípios que configuram o próprio Estado de Direito e a democracia.<sup>250</sup>

Um dos princípios relacionados ao Estado Constitucional de Direito, derivado do princípio da supremacia da Constituição, é o da reserva da Constituição – que estabelece a regulação das decisões políticas fundamentais pelo diploma constitucional. Os subprincípios concretizadores do Estado de Direito, apontados por José Joaquim Gomes Canotilho, e que se revelam de extrema importância para a análise aqui desenvolvida, são o princípio da legalidade da administração, que se reflete no princípio da supremacia ou prevalência da lei e no princípio da reserva de lei, os princípios da segurança jurídica e da proteção de confiança dos cidadãos, o princípio da proibição do excesso e o princípio da proteção jurídica e das garantias processuais. O princípio da reserva de lei reconhece na lei parlamentar “a expressão privilegiada do princípio democrático” e o instrumento apropriado para definir o regime “da vertebração democrática do Estado”.<sup>251</sup> As matérias relativas ao Direito Eleitoral, por configurarem o estatuto das regras do jogo democrático, estão portanto necessariamente vinculadas à reserva de lei parlamentar.

As normas eleitorais (e sua aplicação), pelo mesmo motivo, devem respeitar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança,<sup>252</sup> assegurando ao cidadão a fiabilidade e racionalidade dos atos legislativos e judiciais pertinentes ao processo eleitoral. Em relação a atos jurisdicionais, o princípio da segurança jurídica exige estabilidade (as decisões não podem ser arbitrariamente modificadas, “sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”) e previsibilidade (“exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”).<sup>253</sup>

---

<sup>250</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 138.

<sup>251</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 243 e 251.

<sup>252</sup> “A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial” (Ibid., p. 252).

<sup>253</sup> Ibid., p. 259. Conforme Lígia Maria Silva de Melo, o homem exige “a certeza de que o Estado de Direito lhe possibilita certezas, que a ordem jurídica estabelecida possui credibilidade, já que o Direito se

O constitucionalismo informado pelas novas tarefas do Estado, de promoção de determinados direitos que se relacionam com um ideal de igualdade substancial, impõe uma leitura específica dos princípios da liberdade e da igualdade.<sup>254</sup> Essa igualdade, para além de seu aspecto puramente formal, é exigência compartilhada com outro princípio estruturante: o princípio da República.

Para Enrique Ricardo Lewandowski, o princípio republicano forma o núcleo essencial da Constituição, ao lado dos princípios federativo e democrático. É um princípio estruturante, que impõe a eletividade, a temporariedade e a responsabilidade em relação aos mandatos políticos, voto igual e imediato, representação das minorias e pluripartidarismo, igualdade de acesso aos cargos públicos, ampla liberdade de opinião e os deveres de tolerância e solidariedade. E “representa a viga mestra do ‘sentimento constitucional’”.<sup>255</sup>

A República, como a democracia, pressupõe que os projetos individuais de vida possam ser levados adiante sem interferência arbitrária do Estado. O princípio do pluralismo, também estruturante do Estado brasileiro, afasta a imposição de um consenso substancial de valores para além daqueles que se mostram essenciais para a própria existência da comunidade. Um desses valores, parece ser possível defender, é a democracia.

O pluralismo repele a homogeneidade, rejeita a compreensão do bem comum vinculada a um conteúdo pré-determinado, acentua Chantal Mouffe. Para a autora, o pluralismo não se vincula à caracterização de uma sociedade como democrática, mas como liberal. A coexistência de visões plurais, no entanto, se impõe o abandono da visão de democracia vinculada a uma vontade geral de uma entidade unificada. Para que haja um pluralismo democrático, afirma Chantal Mouffe, faz-se necessária uma adesão por parte das visões plurais aos princípios políticos da liberdade e da igualdade.<sup>256</sup>

Jürgen Habermas vê as sociedades contemporâneas como fortemente pluralistas, incapazes de se adequarem ao velho conceito de Estado nacional. Para o autor, a impossibilidade de se configurar um povo homogêneo impõe ao republicanismo remeter ao

---

justifica para dar segurança ao homem” (MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamentos do Estado de Direito. *Raízes jurídicas*, Curitiba, v.1, n.1, p. 149-158, jul./dez. 2005, p. 152).

<sup>254</sup> Inclusive em matéria eleitoral, o que provoca um novo olhar sobre a exigência da máxima igualdade entre os candidatos na disputa eleitoral (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 2. O autor acentua a inadequação de uma visão puramente individualista em relação às previsões normativas eleitorais).

<sup>255</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. In: VELLOSO, Carlos Mários da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005, p. 375-384.

<sup>256</sup> MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. Tradução: Menelick de Carvalho Neto. *Cadernos da Escola do Legislativo da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 91-107, jul./dez. 1994.

processo democrático o papel de integração social. Em sociedades multiculturais, com diferentes imagens de mundo, a democracia deve incorporar além dos direitos de liberdade e de participação “o gozo profano de direitos sociais e culturais ao compartilhamento”.<sup>257</sup>

Para Ignacio de Otto Pardo, deve-se entender o pluralismo como a “*garantía jurídica de la posibilidad de lo otro*”.<sup>258</sup> Marcelo Galuppo aponta o pluralismo como a coluna das democracias contemporâneas, caracterizado pela disputa pelas decisões políticas, pela abertura para a discussão e pela inexistência de uma definição do que seja vida boa. A Constituição é ao mesmo tempo um consenso de fundo e a “manifestação indireta de um dissenso”, que organiza e conforma juridicamente a possibilidade do exercício do pluralismo.<sup>259</sup>

Cesareo R. Aguilera de Prat acentua que “*el pluralismo no por definición es democrático*” – o medievo europeu era pluralista sem ser democrático e as democracias antigas não eram pluralistas. O Estado Social, no entanto, exige a união entre democracia e pluralismo, permitindo inclusive distintas concepções de democracia. Para o autor, os partidos políticos e o Parlamento são instrumentos de redução do pluralismo e as eleições buscam integrar o consenso.<sup>260</sup>

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, “[l]iberdade rima com pluralidade”.<sup>261</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que o princípio do pluralismo, assegurado constitucionalmente, não se refere apenas a preferências políticas e ideológicas, mas também religiosas, econômicas, sociais e culturais.<sup>262</sup>

Além dos princípios constitucionais estruturantes apresentados,<sup>263</sup> a Constituição estabelece outros marcos fundamentais setoriais. Embora não se apliquem a todo o ordenamento jurídico, estruturam seus ramos e configuram um núcleo inalcançável de

---

<sup>257</sup> HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional europeu – sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade. In: \_\_\_\_\_. *A Inclusão do outro*. Estudos de teoria política. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004 [1996], p. 127-151, p. 140-142.

<sup>258</sup> OTTO PARDO, Ignacio de. *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*. Madrid: Centro. de Estudios Constitucionales, 1985, p. 30.

<sup>259</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: José SAMPAIO, Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional: Estudos em homenagem a José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 47-65.

<sup>260</sup> AGUILERA DE PRAT, Cesareo R. Problemas de la democracia y de los partidos en el Estado social. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, n. 67, p. 93-123, ene./mar. 1990, p. 98 e 107.

<sup>261</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A Constituição segundo a lei eleitoral ou a lei eleitoral segundo a Constituição. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 30, out.1998. Disponível em: [http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo\\_impresso.php?cod\\_texto=54](http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=54). Acesso em: 02 fev. 2004.

<sup>262</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 156.

<sup>263</sup> Raul Machado Horta defende a Federação como constitutiva das normas centrais da Constituição (HORTA. Raul Machado. Normas centrais da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 135, p. 175-178, jul./set. 1997, p. 175-178). Ainda que se possa afirmar seu papel definitivo na determinação de competências e na distribuição do poder, não tem muitos reflexos sobre o tema da pesquisa.

decisões políticas.<sup>264</sup> Talvez os três principais campos setoriais sejam o Direito Penal, o Direito Tributário e o Direito Administrativo.

A Constituição traz ao longo do artigo 5º os princípios constitucionais estruturais do Direito Penal. Os dispositivos referentes à exigência de lei para a tipificação do crime e para a imposição de sanção (XXXIX), à proibição da retroatividade da lei mais severa (XL), da pessoalidade da pena (XLV) e da sua individualização (XLVI), a proibição de penas cruéis (XLVII, e), entre outros, revelam essas decisões constituintes que não podem ser afastadas, sob pena de se quebrar a própria existência da Constituição.

Juarez Cirino dos Santos apresenta um rol de princípios constitucionais que regem o Direito Penal, iniciando pela legalidade, que compreende a proibição da retroatividade, a configuração de crime e a imposição de pena derivada de costume, a aplicação da analogia para a tipificação penal e a indeterminação do tipo e da sanção. Indica ainda a culpabilidade, a lesividade, a proporcionalidade, a humanidade (que afasta penas cruéis e indignas e o cumprimento de pena em condições indignas) e a responsabilidade penal pessoal.<sup>265</sup>

Embora sem qualificá-los de constitucionais, René Ariel Dotti indica os princípios fundamentais de Direito Penal: humanidade das sanções, anterioridade, taxatividade da norma incriminadora, aplicação da lei mais favorável, proporcionalidade da pena, individualização da pena, intervenção mínima, necessidades das reações penais e utilidade social.<sup>266</sup> Todos esses fundamentos revelam valores que foram alçados à categoria de princípios constitucionais. E, ainda que estejam implícitos no texto constitucional, não estão ao alcance do debate democrático. Uma decisão política, mesmo tomada diretamente pelo povo em uma consulta plebiscitária, não pode afastar esses princípios. Eles são intangíveis.

Há um núcleo de princípios constitucionais estruturantes também no âmbito do Direito Tributário. A partir do artigo 145 da Constituição, encontra-se uma série de dispositivos que revelam escolhas que estão além da arena política.

Roque Antonio Carrazza propõe uma leitura dos princípios constitucionais tributários a partir de sua derivação dos princípios constitucionais gerais. Para o autor, do princípio republicano deriva o princípio da igualdade tributária e da capacidade tributária e do princípio

---

<sup>264</sup> “As limitações materiais ao poder de reforma não estão exaustivamente enumeradas no art. 60, §4º, da Carta da República. O que se puder afirmar como ínsito à identidade básica da Constituição ideada pelo poder constituinte originário deve ser tido como limitação ao poder de emenda, mesmo que não haja sido explicitado no dispositivo. Recorde-se sempre que o poder de reformar a Constituição não equivale ao poder de dar ao País uma Constituição diferente, na sua essência, daquela que se deveria revigorar por meio da reforma”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 228.

<sup>265</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 19-32.

<sup>266</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 54-70.

federativo decorre o princípio da igualdade entre as pessoas políticas. Geram efeitos específicos no campo tributário os princípios da anterioridade, da legalidade e da segurança jurídica e também dá sentido à ordem constitucional tributária o princípio da autonomia municipal.<sup>267</sup>

Não parece possível negar a impossibilidade de afastamento dos princípios estruturantes do Direito Tributário pelo poder de reforma. O Estado de Direito e sua configuração constitucional não dão acolhida ao desaparecimento do princípio, por exemplo, da legalidade tributária ou da igualdade tributária. Reflexos diretos dos princípios estruturantes da legalidade e da igualdade, são, como esses, inatingíveis.

Da mesma maneira acontece com os princípios constitucionais estruturantes do Direito Administrativo. A Constituição, explícita ou implicitamente, apresenta os princípios que devem orientar o cumprimento das tarefas estatais.

No caput do artigo 37 estão indicados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência, este inserido pela Emenda Constitucional 19/98. Ressalta Romeu Felipe Bacellar Filho que a legalidade identifica o Estado de Direito e faz com que a Administração se submeta à lei e atue em consonância com as suas prescrições. A impessoalidade, com importantes reflexos na seara eleitoral, importa a atuação isenta e igualitária da Administração. A publicidade impõe-se pela exigência de transparência do agir do poder público. A moralidade no campo administrativo garante a certeza e a segurança jurídicas, assegurando a lealdade e a boa-fé da Administração e do particular. A eficiência exige “realizar mais e melhor com menos, ou seja, prover os serviços públicos necessário para toda a população, de maneira satisfatória e com qualidade, utilizando o mínimo necessário de suporte financeiro”.<sup>268</sup>

A supremacia do interesse público (devidamente considerado) sobre o interesse privado,<sup>269</sup> a indisponibilidade pela Administração dos interesses públicos, a legalidade (e suas implicações, como a finalidade, a motivação, a responsabilidade do Estado), a obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e a continuidade do serviço público, o

---

<sup>267</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>268</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48-55. O autor inclui o princípio da motivação, que permite o controle do cidadão sobre a atuação da Administração Pública.

<sup>269</sup> Há uma forte polêmica contra esse princípio, a partir de uma análise da fundamentalidade de determinados direitos e que não poderiam ser subordinados ao interesse público. Tal posicionamento, no entanto, parece se equivocar na apreciação do que seja interesse público, confundindo-o talvez com o que os agentes políticos afirmam ser o interesse público. Devidamente considerado não se pode conceber um interesse público que contrarie um direito fundamental devidamente considerado (e não o que o indivíduo afirma ser direito fundamental, não levando em conta o recorte constitucional dado ao direito e sua relação com outros direitos fundamentais).

controle administrativo, a isonomia, a publicidade, a inalienabilidade dos direitos relativos a interesses públicos, o controle jurisdicional dos atos administrativos e a segurança jurídica são os princípios que conformam o regime jurídico administrativo, nos termos da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>270</sup>

Juarez Freitas indica um catálogo de princípios fundamentais que, a partir do princípio democrático, devem reger o Direito Administrativo: princípio do interesse público e subordinação das ações estatais ao princípio da dignidade humana; princípio da proporcionalidade e seus correlatos; princípio da legalidade; princípio da imparcialidade ou da impessoalidade; princípio da moralidade e subprincípio da probidade administrativa; princípio da publicidade; princípio da confiança ou da boa-fé recíproca; princípio da segurança jurídica; princípios da ampla sindicabilidade associado ao princípio da participação; princípio da unidade da jurisdição e do acesso ao Poder Judiciário; princípio da eficiência; princípio da legitimidade; princípio da responsabilidade objetiva da Administração Pública; e princípio da intervenção essencial, como dever do Estado de promoção imediata da tutela dos direitos fundamentais.<sup>271</sup>

No campo das regras relacionadas à legitimação do exercício do poder político, os princípios constitucionais estruturantes são o princípio da autenticidade eleitoral, o princípio da liberdade para o exercício do mandato, o princípio da necessária participação das minorias do debate público e nas instituições políticas, o princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral e o princípio da legalidade específica em matéria eleitoral.

Todos esses princípios setoriais estruturantes estão para além do debate político. Nenhuma vontade majoritária pode afastá-los, nenhuma decisão judicial pode desviar-se deles. São princípios inatingíveis, que conformam o Estado brasileiro.

## 2.2 A CONTROVERSA QUESTÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

A partir das noções constitucionais de democracia e de Estado de Direito, faz-se necessário enfrentar a questão central da teoria constitucional: os limites constitucionais às

---

<sup>270</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 60-77.

<sup>271</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32-33. O autor inclui o direito fundamental à boa administração entre os princípios constitucionais (FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009).

decisões democráticas e, conseqüentemente, o papel da jurisdição constitucional na garantia da observância desses termos. Como afirma Gustavo Zagrebelsky, “[l]a función del Tribunal [Constitucional] es política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política; resulta esencial en nuestro modo de entender la democracia, pero al mismo tiempo no deriva de la democracia”.<sup>272</sup>

Em primeiro lugar, ressalta-se o recorte feito pelo pensamento liberal na esfera pública. Benjamin Constant faz a ressalva de que a existência dos indivíduos não pode estar submetida à disposição dos cidadãos: uma parte da vida deve ficar à margem da disputa social: “Onde começa a independência e a existência individual termina a jurisdição da sociedade”. Entre as matérias alheias ao legislador estão os direitos individuais anteriores e independentes da autoridade política, como a liberdade individual, religiosa, de opinião e de expressão, o gozo da propriedade e a garantia contra todo ato arbitrário.<sup>273</sup> Há uma divisão entre o que é puramente individual – mas que exige a proteção estatal contra sua violação, pelo Estado ou por outros indivíduos – e o que diz respeito à comunidade, ao conjunto de cidadãos, e que deve ser decidido por todos.<sup>274</sup>

No entanto, a escolha entre os princípios que devem orientar a vida em comum e os direitos reconhecidos e protegidos pelo Estado, com a definição do que é da autonomia individual e o que constitui a esfera pública, passa, a partir da adoção do constitucionalismo, por uma decisão constituinte. A decisão constituinte pressupõe uma intenção fundadora e permanente, ou, ao menos, a constituição de um núcleo que tende a permanecer ao longo do tempo. O que, de alguma forma, ofende a autonomia individual dos indivíduos do futuro – sem problematizar a falta de consentimento ou o consentimento falho dos indivíduos contemporâneos ao ato constituinte.

---

<sup>272</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*. El Tribunal Constitucional y la política. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008 [2005], p. 11.

<sup>273</sup> CONSTANT, Benjamin. *Principios políticos constitucionais*: Princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França. Tradução: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989 [1815], p. 63-70. Escrevendo após a Revolução Francesa e o terror, o autor afirma: “O reconhecimento abstrato da soberania do povo não acrescenta nada na liberdade dos indivíduos e caso se lhes atribua uma dimensão ilimitada pode perder-se a liberdade” (p. 62). Roberto Gargarella afirma que decisões sobre privacidade não devem ser tomadas nem pelo legislador nem pelos tribunais, e sim pelo indivíduo (GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo, democracia e poder judiciário*. Ciclo de palestras proferidas no Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR, Curitiba, 02 e 03 mar. 2009).

<sup>274</sup> Essa visão, no entanto, retomada de maneira distinta por Stephen Holmes, pode levar a uma negação da garantia de liberdade. Stephen Holmes discorre sobre *gag rules*, regras-mordaza, afirmando que para que a democracia seja possível, alguns temas são afastados do debate público – como, exemplifica, a questão da escravidão no início da existência dos Estados Unidos, as punições para os ditadores em época de transição para a democracia, as questões religiosas, o aborto, temas que provocariam uma cisão talvez insuperável na sociedade. O próprio autor reconhece, no entanto, que evitar o conflito pode tornar o regime refém do conflito (HOLMES, Stephen. *Las reglas mordaza o la política de omisión*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 49-88).

Assim, impõe-se a questão do embate entre o constitucionalismo e a democracia. Essa discussão aparece dos debates entre os pais fundadores dos Estados Unidos. O alcance das decisões constituintes, o espaço da configuração legislativa e o papel do controle judicial de constitucionalidade dividem os idealizadores de uma Constituição que não mais se traduz como um pacto entre o rei e a sociedade, mas que é um pacto da sociedade consigo mesma.<sup>275</sup>

Para Pietro Costa, a relação entre democracia e constituição na segunda metade do século XX tenta apresentar uma solução para a tensão entre poder e Direito, entre *volutas* e *ratio*, procurando dar resposta à ideia de um poder supremo e irresistível e à exigência de limitar esses poder, “de vincular a *volutas* soberana a uma medida indiscutível, a um direito inderrogável, a uma *ratio* superior”. A relação entre soberania e direitos estabelece-se, no entanto, a partir de termos quase opostos: enquanto a soberania está ligada a um povo senhor de seu destino, os direitos têm uma base individualista.<sup>276</sup>

O que a Constituição institui, para Stephen Holmes, é um pré-compromisso. Uma decisão, com a qual se comprometem os cidadãos, e que ata as mãos dessa e de futuras gerações em relação a determinados temas – o que, sob esse prisma, mostra que o constitucionalismo é, essencialmente, antidemocrático. Para o autor, no entanto, a alegada tensão irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é uma dos mitos do pensamento político moderno. A autolimitação do povo por si mesmo evidencia mais uma incoerência do que uma tensão. No entanto, mais do que um obstáculo, a existência de amarras garante a liberdade – a liberdade dessa geração e das gerações futuras, que contam com uma estrutura democrática consolidada e a quem se dificulta decisões como a que implica a renúncia da liberdade. Para evitar que os dispositivos constitucionais sejam ataduras demasiado estreitas para as gerações futuras, o texto é pleno de disposições ambíguas e termos abertos.<sup>277</sup>

Bruce Ackerman analisa essa questão a partir de sua distinção entre momentos constituintes e períodos de política normal. Nesses, não se pode considerar que o povo se

---

<sup>275</sup> Conforme HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 217-262, p. 231.

<sup>276</sup> “... di vincolare la voluntas sovrana a una misura indiscutibile, a un diritto inderogabile, a una ratio superiore” (COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Op. cit., p. 8-9 e 14). A solução, dada pelos Estados Unidos, é conferir a tutela dos direitos fundamentais a um órgão jurisdicional (p. 31).

<sup>277</sup> HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. Op. cit., p. 217-262. O autor traz como resposta ao paradoxo a necessidade de restrição da voluntariedade para conservar a voluntariedade: “El compromiso previo es moralmente permisible, siempre que refuerce la prohibición de la autoesclavización. Entre sus otras funciones, la obligación constitucional es un intento de impedir la posibilidad de que la nación (o cualquier generación) se venda a sí misma (o a su posteridad) como esclava” (p. 260). Questão negada pela tradição revolucionária francesa: Sieyès afirma que “uma nação não pode nem alienar, nem se proibir o direito de mudar; e qualquer que seja sua vontade, ela não pode cercear o direito de mudança assim que o interesse geral o exigir” (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Que é o terceiro estado? Tradução: Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986 [1789], p. 119).

manifesta pelo Congresso ou pela Suprema Corte: na Constituição é que reside a vontade do povo. E para que os representantes políticos, na defesa de interesses particulares, não afastem a vontade do povo, o controle judicial de constitucionalidade se impõe.<sup>278</sup>

A impossibilidade de uma relação totalmente adequada entre Constituição e a realidade é acentuada por Karl Loewenstein. O autor afirma que as Constituições dos Estados liberais democráticos pluralistas revelam o compromisso possível entre as forças sociais que estão representadas no processo constituinte, na busca de um equilíbrio. Como esse equilíbrio é temporário, a Constituição deve ter “válvulas” que permitam a sua adaptação a necessidades futuras.<sup>279</sup>

A necessidade do controle de constitucionalidade, ao menos nos Estados que adotam uma Constituição como fundamento do ordenamento jurídico, não parece encontrar muitos adversários. A questão é estabelecer o lugar deste controle.<sup>280</sup>

Na década de 30 do século XX, estabelece-se um debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem deveria ser o “guardião da Constituição”. Partindo de diferentes concepções de Constituição – enquanto Schmitt a considera uma decisão política fundamental sobre a forma e o tipo da unidade política,<sup>281</sup> Kelsen a toma como uma norma jurídica<sup>282</sup> –, os autores defendem diferentes formas de controle de constitucionalidade.

Para Carl Schmitt, uma decisão política não deve ser objeto de controle por um tribunal. Além disso, uma norma não pode ser garantia de outra norma. Discorda de Kelsen e afirma que há uma distinção essencial entre a função política – que elabora normas jurídicas – e a função jurisdicional, que decide a partir da aplicação de uma lei. Aceitável é apenas o afastamento pelo juiz da aplicação de uma lei ordinária para aplicar diretamente uma norma constitucional.<sup>283</sup> O guardião da Constituição, da decisão política fundamental, deve ser

---

<sup>278</sup> ACKERMAN, Bruce ¿Um neofederalismo? In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 176-216, p. 191-192 e 194. Seu conceito de “democracia dualista” é trabalhado no primeiro capítulo de “Nós, o povo soberano” (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do Direito Constitucional. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006 [1991], p. 3-45).

<sup>279</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976 [1961], p. 163-164. Para o autor, o controle judicial de constitucionalidade sempre tem caráter político, configurando uma decisão política (p. 309).

<sup>280</sup> Para Paulo Bonavides, há entendimento pacífico em relação à necessidade de afastar do ordenamento jurídico leis contrárias à Constituição. “As dificuldades principiam porém quando se trata de alcançar os meios com que expungir do sistema normativo as leis constitucionais” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 297).

<sup>281</sup> SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Tradução: Jeffrey Seitzer. Chicago: Duke University Press, 2008 [1928], § 3.

<sup>282</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1945], primeira parte, capítulo X.

<sup>283</sup> “Apenas a subsunção ao fato típico do regulamento da norma constitucional possibilita o juiz (não privar a lei ordinária de validade, mas, sim, como se expressa o tribunal do Reich) negar aplicação à lei ordinária ou, mais precisamente, subsumir, em vez de a seus fatos típicos, a aqueles da lei que tem primazia e, assim,

aquele que representa a unidade do Estado: o Presidente do Reich, como poder neutro e verdadeiramente independente e com legitimidade democrática direta.<sup>284</sup>

Hans Kelsen, idealizador do Tribunal Constitucional austríaco, coerentemente com sua concepção de Constituição como norma jurídica, defende um controle judicial concentrado e exclusivo. Os atos do Governo e do Parlamento devem ser submetidos a um controle de constitucionalidade por um órgão independente, para que a função constitucional de limitar juridicamente o poder político se cumpra. Embora defenda que a sentença judicial é um ato de criação do Direito e que o tribunal constitucional agiria como um legislador negador, afirma que isso é irrelevante para determinar quem deve ser o guardião da Constituição: o importante é permitir o debate de argumentos, o que é garantido pelo processo judicial.<sup>285</sup>

Embora Kelsen aponte como falha do pensamento de Schmitt não admitir a possibilidade de violação da Constituição pelo Presidente do Reich,<sup>286</sup> sua construção tampouco parece, em um primeiro momento, admitir a possibilidade de violação da Constituição pelo tribunal constitucional. Em debates realizados no Instituto Internacional de Direito Público, em 1928, porém, Kelsen reconhece que em face de princípios incorporados à Constituição que se manifestam por termos como “equidade”, “moralidade”, “justiça”, “liberdade” e “igualdade”, tanto os órgãos legislativos quanto os órgãos de aplicação do Direito podem dar-lhes significado – no entanto, em sede de jurisdição constitucional, o eventual desrespeito a um pretensão conteúdo desses princípios não pode levar ao afastamento da norma jurídica pelo tribunal constitucional, exceto se a Constituição indicar critérios objetivos para a sua compreensão.<sup>287</sup>

---

decidir o caso presente. Na verdade, isso não é uma abjucação da validade, mas uma não aplicação da lei ordinária ao caso concreto ocorrida devido à aplicação da norma constitucional” (SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 [1931], p. 24).

<sup>284</sup> Ponto central da sua crítica ao Tribunal Constitucional criado por Kelsen e tema de sua obra específica: SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 [1931], principalmente sua terceira parte. Para o autor, a adoção do controle concentrado de constitucionalidade realizado por um Tribunal levaria à criação de uma nova câmara legislativa, formada por funcionários de carreira, “uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais”, uma “aristocracia da toga”, o que não encontraria nenhum respaldo do ponto de vista democrático (p. 228).

<sup>285</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003 [1928], p. 237-298.

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 169: “As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer. No entanto, o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis, que encontramos nas Declarações de direitos individuais, se apagará facilmente, e portanto não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juizes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento

Acentua Karl Loewenstein a inconveniência da substituição de decisões políticas dos órgãos politicamente responsáveis – governo e legisladores – por juízos políticos “*camuflados en forma de sentencia judicial*”, com a transformação de um tribunal como árbitro supremo do processo de poder, levando a uma “*judicialización de la política*” e a uma “*judiciocracia*”.<sup>288</sup>

Otto Bachof analisa a extensão do controle pelo Poder Judiciário estabelecido pela Lei Fundamental de 1949 e a relaciona a uma mudança na história do espírito, com a perda da crença na onipotência do legislador e com uma desconfiança em relação à lei derivada da experiência nazista. Há a necessidade de se proteger uma ordem de valores anteriores ao Direito e esse papel deve caber ao juiz, que conta com caráter representativo e suficiente autoridade, órgão do povo como os demais e em constante diálogo com a opinião pública. Para o autor, o Tribunal Constitucional não é soberano porque só atua repressivamente e não tem iniciativa. E afirma: “*Precisamente la jurisprudencia constitucional y el auge que ella imprime a la discusión pública sobre los valores decisivos puede contribuir decisivamente al nacimiento y consolidación de una conciencia general valorativa*”.<sup>289</sup>

Como Otto Bachof, Gustavo Zagrebelsky foi membro do Tribunal Constitucional de seu país. Zagrebelsky afirma que o Tribunal Constitucional não decide sobre a Constituição, mas segundo a Constituição, e opera em um campo onde não se admitem majorias e minorias políticas. A jurisdição constitucional se legitima democraticamente e limita “*la cantidad de democracia para preservar su calidad*”, atuando em uma função republicana – protege a República, limitando a democracia.<sup>290</sup>

---

que votou a lei. É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional”.

<sup>288</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 325. Para Pietro Costa, a defesa de um controle judicial de constitucionalidade – e, portanto, de defesa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais contra a democracia majoritária – se baseia em uma convicção tradicional do “*carattere meramente logico-razionale (sillogistico) dell’interpretazione giudiziale del diritto: il giudice è l’organo della ragione imparziale ed oggettiva e come tale difende il diritto dai contraccolpi della volontà del principe*”, o que não mais se sustenta (COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Op. cit., p. 65-66).

<sup>289</sup> BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Tradução: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1985 [1959].

<sup>290</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*. El Tribunal Constitucional y la política. Op. cit., p. 22, 41 e 101-102. Nessa obra, o autor descreve o funcionamento do Tribunal Constitucional italiano: após a apresentação do caso e dos debates públicos, os juízes se reúnem para uma deliberação separada da audiência e sua manifestação é sempre a decisão do Tribunal, sem que se faça referência a votos dissidentes ou se identifique a posição pessoal de cada julgador. A discussão sobre o tema se faz apenas na sala de deliberações e o Tribunal se mostra com um caráter colegial e unitário. O Tribunal Constitucional pode ainda, em face da impossibilidade de um acordo entre os juízes ou do perigo de interferências com a atividade legislativa em curso ou ainda em face de obstáculos técnicos ou de riscos de consequências não controláveis, qualificar uma questão como “inadmissível”, que desloca a outro momento ou a outro lugar a decisão sobre o tema.

A França contemporânea apresenta um controle político da constitucionalidade das leis, realizado pelo Conselho Constitucional.<sup>291</sup> Esse órgão é formado por nove membros livremente<sup>292</sup> escolhidos por três autoridades – três pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado – que atuam por um mandato, não renovável, de nove anos. A indicação se dá por um terço a cada três anos, com a nomeação de um membro por autoridade. Além disso, são membros de direito os ex-Presidentes da República. O Presidente da República escolhe livremente o presidente do Conselho entre seus membros.

O controle de constitucionalidade se dá entre a aprovação da lei pelo Poder Legislativo e sua promulgação pelo Presidente da República e pode ser suscitado pelas “quatro autoridades” – Presidente da República, Primeiro-ministro, Presidente da Assembleia Nacional e Presidente do Senado – e, a partir de 1974, também por 60 deputados ou 60 senadores.<sup>293</sup> A apreciação pelo Conselho Constitucional antes da promulgação é obrigatória no caso das “*lois organiques*”<sup>294</sup> e dos regulamentos das casas legislativas.

O controle prévio pelo Conselho Constitucional impede que uma lei contrária à Constituição entre em vigor. Pierre Pactet acentua que o controle é jurisdicional – não se trata de apreciação sobre a equidade ou sobre a oportunidade, mas apenas sobre o Direito<sup>295</sup> –, não

---

<sup>291</sup> Criado pela Constituição de 1958, trata-se de “*un organe sans précédent dans la tradition républicaine de la France*” (PACTET, Pierre. *Institutions politiques: Droit constitutionnel*. 11. ed. Paris: Masson, 1992, p. 463). Além do controle de constitucionalidade, o Conselho Constitucional atua na definição do que é matéria legal e do que está no campo do poder regulamentar (como um juiz regulador das competências) e também como juiz eleitoral, na recepção das apresentações de candidaturas, na fiscalização dos procedimentos eleitorais e da apuração, na proclamação dos resultados (no caso das eleições presidenciais) e na apreciação dos feitos eleitorais relacionados à apresentação das candidaturas, da regularidade das operações eleitorais, da arguição de inelegibilidades e incompatibilidades nas eleições legislativas. Ressalte-se que “*tout électeur inscrit*” pode propor ações eleitorais a serem apreciadas pelo Conselho Constitucional Sobre o papel do Conselho Constitucional veja-se a tabela trazida por Pierre Pactet às páginas 485 a 487.

<sup>292</sup> “*Le Conseil est constitué de neuf membres nommés pour neuf ans. Trois sont nommés par le Président de la République; il s’agit là pour lui d’un pouvoir que’il exerce sans contreseing. Trois sont nommés par le Président du Sénat et trois par le Président de l’Assemblée Nationale; dans ces cas également, il s’agit d’un pouvoir propre exercé personnellement par les Présidents des Assemblées et qui n’est pas soumis à une quelconque approbation des organes qu’ils président*” (LASCOMBE, Michel. *Droit constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République*. Paris: L’Harmattan, 1992, p. 255-256).

<sup>293</sup> Em 1990 foi apresentado um projeto de revisão constitucional que pretendia permitir a qualquer cidadão alegar em face de qualquer juiz ou tribunal a inconstitucionalidade das disposições de uma lei em relação aos direitos fundamentais. Não houve, no entanto, aprovação das medidas. Em 2008, no entanto, agrega-se à Constituição francesa o artigo 61-1, com a seguinte redação: “*Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article*”.

<sup>294</sup> Assemelhadas às leis complementares do ordenamento jurídico brasileiro, pois são expressamente previstas na Constituição e contam com um processo legislativo específico que exige aprovação por maioria absoluta das casas legislativas.

<sup>295</sup> E isso, para Michel Lascombe, é o que afasta a crítica que compara o Conselho Constitucional a uma terceira Câmara (LASCOMBE, Michel. *Droit constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République*. Op. cit., p. 275).

é sistemático e não cabe nas “*lois référendaires*” e nas leis de revisão constitucional. O Conselho, na apreciação da constitucionalidade, não está adstrito aos argumentos e aos artigos apontados na petição, pois a conformidade com o texto constitucional, e, portanto, a validade da lei, é matéria de ordem pública. Suas decisões são irrecorríveis e se impõem aos poderes públicos e às autoridades jurisdicionais e administrativas.<sup>296</sup>

O controle da adequação da lei se faz pelo “*bloc de constitutionnalité*”, formado pelas disposições constitucionais, pelo preâmbulo da Constituição de 1958 (que faz referência ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) e por fontes não escritas: os “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” (que, segundo a jurisprudência do Conselho Constitucional, incluem a liberdade de associação, a liberdade de ensino, o respeito aos direitos de defesa e a independência da justiça administrativa), os “princípios particularmente necessários ao nosso tempo” (como o direito de greve, o princípio da igualdade dos sexos, a liberdade sindical e o princípio do não-recurso à força contra a liberdade de um povo) e os “objetivos de valor constitucional” (como a continuidade do serviço público, a salvaguarda da ordem pública, a limitação à concentração dos meios de comunicação social e a liberdade pessoal do assalariado).<sup>297</sup>

A instituição do Conselho Constitucional na França coloca em xeque dois princípios fundamentais daquele Direito Constitucional: a primazia da lei<sup>298</sup> e a soberania do Parlamento.<sup>299</sup> Sua composição específica, com indicação direta dos mandatários com legitimidade eleitoral, e a temporariedade dos mandatos, no entanto, parecem minimizar as críticas que se colocam contra essa modalidade de controle de constitucionalidade. Além disso, respeitando a tradição francesa, impede o juiz de afastar a aplicação de uma lei por considerá-la inconstitucional.

Algumas constituições colocam sob o Poder Legislativo a responsabilidade de verificação da conformidade da lei com a Constituição. A Constituição da Holanda prevê um processo legislativo que exige a aprovação das duas câmaras, ambas eleitas pelo sistema

---

<sup>296</sup> PACTET, Pierre. *Institutions politiques – Droit constitutionnel*. Op. cit., p. 469-473. Michel Lascombe fala em “autoridade da coisa julgada” nas decisões do Conselho Constitucional (LASCOMBE, Michel. *Droit constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République*. Op. cit., p. 278).

<sup>297</sup> Ibid., p. 268-272.

<sup>298</sup> Somada à enumeração das matérias reservadas à lei, com o reconhecimento da competência regulamentar para os demais temas, feita pelo artigo 34 da Constituição francesa de 1958.

<sup>299</sup> Para Maurice Hauriou, defensor de um controle jurisdicional difuso de constitucionalidade para a França, “*hay una última Bastilla que demoler, que es la creencia en la soberanía del Parlamento*” (HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Op. cit., p. 156).

proporcional, e a ratificação do Rei. O artigo 120 expressamente proíbe a análise da constitucionalidade da lei pelo Poder Judiciário.<sup>300</sup>

Ainda que a democracia moderna se identifique com a soberania do Parlamento, ela é também constituída pela imposição de limites ao legislador, por meio da Constituição. Permitir que o Poder Legislativo seja o guardião de seus próprios limites parece pressupor um legislador absolutamente virtuoso.<sup>301</sup>

Teórico da democracia deliberativa, Carlos Santiago Nino propõe que o Poder Judiciário tenha uma espécie de veto, que devolveria a apreciação para o Poder Legislativo.<sup>302</sup> Nesse ponto, aproxima-se de John Stuart Mill, cuja teoria democrática é vista por Nino como apresentando um viés perfeccionista, em que a democracia desempenha o papel de promover determinados valores nos indivíduos. Para Mill, dos “três membros coordenados da soberania”, quem deve ter a supremacia do Estado são os representantes do povo. O governo representativo exige que se assegure “ao corpo representativo o controle de tudo em última instância”.<sup>303</sup>

Roberto Gargarella defende “*un mayor protagonismo ciudadano en la resolución de los asuntos públicos*”, mas questiona, em face das falhas do sistema representativo e da prática parlamentar, que o Poder Legislativo tenha o controle último sobre sua própria atividade (o que seria presumir sua infalibilidade). Como critica acidamente a atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, apresenta soluções intermediárias, como a atuação de grupos de pressão dos setores com menos expressão política, a introdução de

---

<sup>300</sup> Article 120. “The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts”.

<sup>301</sup> Assim Hans Kelsen analisa a hipótese: “O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando ele teoricamente o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Op. cit., p. 150). Carl Schmitt dedica um capítulo do seu livro para analisar “a justiça como guardião da Constituição” e outro para defender “o Presidente do Reich como guardião da Constituição”: o Parlamento é visto como um espaço pluralista que tende à desagregação da unidade estatal (SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Op. cit.).

<sup>302</sup> NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. Algo similar, mas com sentido inverso, foi previsto na Constituição outorgada (e jamais aplicada) de 1937: Art 96 – “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

<sup>303</sup> MILL, John Stuart. *Governo Representativo*. Tradução: E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964 [1861], p. 60-62. Eduardo García de Enterría acentua a posição jacobina de ver a Assembleia Representativa como o lugar onde pousa o Espírito Santo (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit., p. 164).

jurados e juízes leigos para a democratização da justiça, a alteração na forma de nomeação dos magistrados e a restrição da atuação do Tribunal Constitucional como legislador negativo. Reconhece as críticas a essas soluções, mas reafirma a necessidade de seguir pensando sobre a tensão entre democracia e “justiça”. Afirma, finalmente, que o sistema de controle da constitucionalidade das leis tem duas tarefas principais: assegurar as condições do debate democrático e garantir uma esfera de inviolável autonomia individual.<sup>304</sup>

Mas, em face da compreensão dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, como na visão de Ronald Dworkin e Jorge Reis Novais, deixar ao Poder Legislativo (e, portanto, à representação política que decidirá pelo critério majoritário) a última palavra é um contra-senso.<sup>305</sup> Além disso, há uma certa desconfiança em relação ao Poder Legislativo, principalmente em face de sua atuação nos Estados totalitários do século XX. O resultado é, no entanto, uma responsabilidade excepcional aos Tribunais Constitucionais, que acabam exercendo na prática um verdadeiro “*amending power*”.<sup>306</sup>

Para Ronald Dworkin, a jurisdição constitucional é necessária para assegurar que aquilo que a Constituição colocou para além do debate político não seja determinado por decisões majoritárias, ainda que obedecido o procedimento democrático. Esses direitos, liberdades e garantias que não estão submetidos às preferências são cartas de trunfo que podem ser opostas à maioria pelo indivíduo.<sup>307</sup> O papel dos juízes na proteção dos indivíduos contra a maioria parte do reconhecimento de que as restrições constitucionais à deliberação democrática são estruturais para a democracia, são exigências da integridade como expressão de princípios políticos e morais.<sup>308</sup>

---

<sup>304</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 83, 103, 112-119, 174, 262-265. Em outra obra, o autor apresenta o “constitucionalismo popular”, defendido por Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker, Mark Tushnet, entre outros, que deseja “tirar a Constituição das mãos dos tribunais”, afastar a “sensibilidade anti-popular” que marca a comunidade jurídica, defender a cidadania como protagonista da interpretação constitucional, realizar uma análise mais profunda sobre os reais efeitos do controle judicial de constitucionalidade (afastando, por exemplo, a força que parece ter a decisão em *Brown v. Board of Education*) e fomentar a participação popular não institucionalizada (GARGARELLA, Roberto. Uma disputa imaginária sobre el control judicial de las leyes: el ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Carlos Nino. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F. (Coords.). *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 203-218, p. 206-211).

<sup>305</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Op. cit., p. 48.

<sup>306</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit., p. 133 e 157-158.

<sup>307</sup> Novamente aproximando Carlos Santiago Nino de Ronald Dworkin, afirma-se que reconhecer os direitos humanos como limites insuperáveis para as decisões majoritárias compatibiliza o direito e a moral (GREPPI, Andrea. Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino. In: ROSENKRANTZ, Carlos; VIGO, Rodolfo L. (Comp.). *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*. Ciudad de Mexico: Fontamara, 2008, p. 229-259, p. 245).

<sup>308</sup> DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Tradução: Julio Montero y Alfredo Stolarz. Buenos Aires: La isla de la luna, 2003 [1980/1990], p. 32, 53, 71 e 75. O autor inclui entre as garantias constitucionais de caráter estrutural aquelas que compõem o “princípio da independência”, que permitem ao

Essa posição combina com a concepção do Estado de Direito “centrada nos direitos”, apresentada pelo autor. Ela exige que os juízes tomem decisões políticas, baseados em direitos morais para além dos estabelecidos nas regras jurídicas, desde que não contrariem nenhum princípio incompatível com o ordenamento jurídico. O autor afasta o argumento de que a atuação dos juízes na decisão sobre questões de direitos ofende a democracia. Afirma que o legislador não está em uma posição privilegiada, em relação ao juiz, para decidir esses casos. Aduz, ainda, que em face da desigualdade real de poder político entre os cidadãos, a transferência de determinadas questões para o Poder Judiciário, permitindo o acesso ao menos das minorias organizadas, pode levar à promoção do ideal democrático da igualdade de poder político.<sup>309</sup>

Para Ronald Dworkin, a democracia não se identifica com o princípio majoritário. O autor aponta outro valor para a democracia, relacionado com o tratamento de todos os cidadãos com igual consideração e respeito, a partir da estrutura, da composição e das práticas das instituições políticas. Essa igual consideração e respeito é que dá legitimidade às decisões coletivas tomadas pelo princípio majoritário, e não o apoio da maioria dos cidadãos ou dos representantes. A isso o autor denomina democracia constitucional.<sup>310</sup>

Em relação a essa linha de pensamento, ou ao “direito pressuposto” de Georg Jellinek,<sup>311</sup> cabe uma crítica. Ao legitimar a atuação dos juízes do tribunal constitucional como leitores da moralidade pública – em um processo em que “a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação”<sup>312</sup> – coloca-se sua atuação para além dos controles democráticos, característicos de um Estado de Direito.

---

indivíduo o julgamento político, moral e ético, com a liberdade de expressão, de associação e de religião e a tolerância à moralidade pessoal.

<sup>309</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Op. cit., p. 15-16, 26-27 e 31-32. O autor faz uma ressalva à adoção dos seus argumentos na Grã-Bretanha (afirmando, no entanto, a possibilidade de alteração para uma prestação jurisdicional mais política), afirmando que os estadunidenses “são fascinados pela idéia dos direitos individuais, que é o signo zodiacal sob o qual seu país nasceu” (p. 37). O texto utilizado aqui – Os juízes políticos e o Estado de Direito – foi publicado originalmente em 1978.

<sup>310</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 17. Karl Loewenstein usa o termo “democracia constitucional” para se referir ao “*sistema político bajo el que la totalidad del ‘pueblo’ – organizado como electorado y movilizad para la acción política por los partidos – participa libremente en el proceso del poder. El electorado adquiere con esto la categoría del detentador supremo del poder ejerciendo un control final sobre el gobierno y el parlamento*” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 326).

<sup>311</sup> Georg Jellinek estabelece uma relação peculiar entre Estado e Direito, afirmando que o Estado é capaz de ordenar o Direito, mas não de criá-lo, e que cabe ao Tribunal Supremo decidir os conflitos com o direito pressuposto (JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução: Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 55 e nr 81).

<sup>312</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisdicional na ‘sociedade órfã’. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000 [1989], p. 186.

John Hart Ely faz uma crítica à utilização de valores pessoais dos juízes na fundamentação das suas decisões, sejam eles declarados ou não. Afirma a inexistência de um conjunto de princípios morais objetivos que possam ser apreendidos e servir de base para as decisões judiciais.<sup>313</sup> Cabe aqui a ressalva de Gustavo Zagrebelsky: “*Nunca se insistirá bastante en esta idea: cuando se ejercen funciones jurisdiccionales, se deben dejar aparte las propias opiniones sobre las virtudes o los vicios de una determinada ley. La única cosa que debe tomarse en consideración es si el legislador pudo razonablemente dictar tal ley*”.<sup>314</sup>

Para Ingeborg Maus, o conceito de Constituição é alterado quando o Poder Judiciário assume o papel de realizar o interesse social e de substituir a formação da vontade política por discursos de moralidade pretensamente pública – deixa de ser um “documento de institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”.<sup>315</sup>

O desafio está em evitar um moralismo nessa leitura moral da Constituição proposta do Dworkin. A moralidade pública<sup>316</sup> deve ser lida como referente à discussão política – deve-se pensar a leitura moral associada à integridade<sup>317</sup> e à tolerância.

Jorge Reis Novais trabalha a noção de Dworkin de direitos fundamentais como trunfos, afirmando a existência de uma oposição insuperável entre os direitos fundamentais e o poder democrático, negada pela democracia deliberativa. Não há ampla liberdade do legislador: ele é restringido em sua conformação pela inafastável preservação dos direitos fundamentais, que reservam aos indivíduos posições jurídicas que asseguram sua liberdade de adotar uma concepção de vida boa. Essa ideia de direitos fundamentais como trunfos garante a força normativa da Constituição e é garantida pela jurisdição constitucional, que toma uma decisão jurídica sobre a contradição entre a decisão política majoritária e os limites jurídico-

---

<sup>313</sup> ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. capítulo 3.

<sup>314</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*. El Tribunal Constitucional y la política. Op. cit., p. 82

<sup>315</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade*. O papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. Op. cit., p. 192. Para a autora, a atuação do Poder Judiciário com fundamento em pontos de vista morais desqualifica a base sociais e pode transformar qualquer fato em juridicamente relevante (p. 201). No Brasil, isso vem acontecendo de maneira preocupante. Vejam-se, apenas como exemplo, as decisões do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a contratação de parentes para cargos de confiança e as manifestações do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal sobre a fidelidade partidária – a fundamentação moral subjugava a fundamentação jurídica (ainda que se mantenha na retórica argumentativa a tentativa de juridicizar os argumentos).

<sup>316</sup> Para Dworkin, a moralidade desempenha seu papel na teoria do Direito em dois momentos: no estágio teórico (*jurisprudencial stage*), ao atribuir valor às práticas jurídicas, e no estágio adjudicativo, ao realizar a justiça (DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 20-21).

<sup>317</sup> Ronald Dworkin trata da integridade política como a imposição ao Estado de governar por meio de um conjunto coerente de princípios políticos que beneficiem todos os cidadãos (Ibid., p. 13).

constitucionais, necessariamente baseada nos valores constitucionais e conforme parâmetros objetivos, “sob pena de violação dos seus limites funcionais”.<sup>318</sup>

John Hart Ely parte do controle judicial de constitucionalidade, defendendo a possibilidade de conciliação entre esse controle e a democracia a partir de restrições à atividade do juiz, vinculadas ao seu objetivo: vigiar o processo de representação como um árbitro, manter abertos os canais de alternância política e facilitar a representação das minorias. Apenas com esses fundamentos é que o Poder Judiciário é autorizado a afastar decisões democráticas, tomadas por representantes eleitos democraticamente e politicamente responsáveis. Assim, a Suprema Corte não deveria atuar como um conselho de revisão legislativa, mas garantir a igualdade no processo político e o acesso das minorias.<sup>319</sup>

Ronald Dworkin critica John Hart Ely, afirmando que sua concepção estatística da democracia<sup>320</sup> implica o reconhecimento de apenas algumas restrições constitucionais como estruturais e que, portanto, autorizariam a atuação da jurisdição constitucional para restringir as decisões democráticas.<sup>321</sup> Afirmar a possibilidade de controle de constitucionalidade apenas em relação à adequação do procedimento, para Dworkin, é fugir da decisão substancial, como o faz a doutrina originalista.<sup>322</sup>

Cass Sunstein, também partindo da premissa de que a decisão cabe a uma jurisdição constitucional, propõe a adoção de uma postura minimalista pela Suprema Corte, consistente na resolução de casos concretos sem estabelecer uma decisão geral, uma regra a partir da decisão. Sua argumentação busca afastar as posturas perfeccionistas (que pretendem fazer do texto constitucional o melhor possível, a partir de seus critérios pessoais), majoritaristas (que

---

<sup>318</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Op.cit, p. 17-28, 40 e 60. O autor afirma que o problema está em estabelecer uma resposta jurídico-dogmática à tensão entre Estado de Direito e democracia, entre liberdade pessoal e liberdade política; a adjetivação da democracia dá conta apenas da questão filosófica (p. 24).

<sup>319</sup> ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Op. cit. O autor é enfático: “*In a representative democracy value determinations are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfunction occurs when the process is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system*” (p. 103). Na correção desse mal-funcionamento reside o papel da jurisdição constitucional.

<sup>320</sup> Essa concepção também entende a democracia como ação coletiva, mas na qual as decisões do grupo refletem simplesmente o que os membros individuais decidem por si, sem que haja consciência da ação como grupo (DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Op. cit., p. 49). Roberto Gargarella afirma que Ely parte de uma concepção implausível de democracia (GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Op. cit., p. 148).

<sup>321</sup> DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Op. cit., p. 72.

<sup>322</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Op. cit., p. 43. Para o autor, o Tribunal Constitucional deve tomar decisões políticas de princípio e não de política: “decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral”, a partir de uma visão substantiva (p. 101). O texto utilizado aqui – O fórum do princípio – foi publicado originalmente em 1981.

se curvam às decisões majoritárias, exceto nos casos de clara violação da Constituição) e fundamentalistas (que defendem a Constituição segundo seu texto original, com o significado que carregava no momento de sua promulgação).<sup>323</sup> A posição minimalista, talvez adequada em um sistema exclusivamente difuso de controle de constitucionalidade, não traz respostas ao modelo brasileiro, que permite um questionamento sobre a lei em tese, impondo ao Poder Judiciário uma resposta inafastavelmente geral e política.

Ronald Dworkin, John Hart Ely e Cass Sunstein fazem suas análises a partir da realidade estadunidense, uma Constituição fortemente rígida e sucinta, com dispositivos abertos e de vigência superior a duzentos anos.<sup>324</sup> Lá, há construtivismo judiciário e a Suprema Corte é marcadamente protagonista, para dar conta das mudanças sociais e das novas demandas de justiça.<sup>325</sup> Difícilmente se poderia negar o importante papel do controle de constitucionalidade na construção e afirmação de direitos fundamentais, com o alargamento de seus destinatários.

Eduardo García de Enterría sublinha a experiência distinta do constitucionalismo estadunidense, a partir da supremacia normativa da Constituição relacionada à ideia de Direito natural, que se impõe aos juízes e que coloca a vontade permanente do povo acima da vontade do legislador.<sup>326</sup> Na Europa, isso não se repete: a Constituição surge para limitar o princípio monárquico, algo posterior a ele, e “*nunca una fuente originaria de competencias y de Derecho*”.<sup>327</sup> Parece que essa segunda trajetória é que se aproxima da realidade brasileira.<sup>328</sup>

Vale ainda trazer a análise de Roberto Gargarella. Para o autor, a defesa intransigente do Poder Judiciário como lugar da palavra final sobre a constitucionalidade das normas pressupõe premissas conservadoras, como a que não vê na cidadania a origem de decisões corretas, e elitistas, que vê nos juízes virtudes superiores e a capacidade de ser imparcial.

---

<sup>323</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

<sup>324</sup> Georges Burdeau faz a ressalva sobre a especificidade do exemplo estadunidense e da ilusão em importá-lo. Critica os “oráculos” judiciais e indaga: “*Mais alors qui contrôlera l’activité de l’oligarchie judiciaire?*” (BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, p. 87-90).

<sup>325</sup> Talvez a aceitação de uma construção constitucional cotidiana a partir de uma Constituição de princípios, plena de termos abertos, seja o preço a se pagar por um texto conciso.

<sup>326</sup> O autor ressalta a reverência dirigida à Suprema Corte nos Estados Unidos e sua identificação com a nação. Aponta a mitologia religiosa de A. S. Miller que vê a “*Constitución como texto inspirado por Dios, los fundadores como los santos, los jueces del Tribunal Supremo como los sumos sacerdotes que cuidan del culto al texto sagrado en el ‘Marbol Palace’, en el palacio de Mármol donde tiene su sede y que extraen de ese texto poco menos que la infalibilidad*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit., p. 127).

<sup>327</sup> Ibid., p. 52-55.

<sup>328</sup> No entanto, Ramón Narváez assinala que a América Latina, por influência dos Estados Unidos, já assimila a noção de Constituição como lei no século XIX (NARVÁEZ, Ramón. *Codificação: do desenho europeu à sua assimilação no Novo Mundo*. Palestra proferida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, Curitiba, 14.set. 2009).

Essas noções, aliadas à “brecha interpretativa”, acabam por permitir que o juiz tome o lugar da vontade popular.<sup>329</sup>

Gargarella, partidário da leitura democrática de Carlos Santiago Nino e refratário a uma legitimação absoluta do controle judicial de constitucionalidade, propõe a realização de quatro “testes” para a verificação do trabalho da jurisdição constitucional. O primeiro deles é a consistência – as decisões constitucionais devem ser consistentes em tributo ao princípio da igualdade, em obediência ao comando de tratamento com igual consideração e respeito (na linha de Dworkin).<sup>330</sup> O segundo teste se vincula à democracia. Para o autor, a jurisdição constitucional, à maneira de Ely, deve deixar as decisões substantivas nas mãos do povo e proteger os procedimentos democráticos a partir de dois valores a serem preservados: a regra majoritária e o caráter republicano do governo. O terceiro enfoque se refere aos direitos humanos, ao respeito às decisões individuais e ao âmbito de autonomia. As decisões judiciais devem se fundamentar em razões públicas (conforme a leitura de Rawls), garantindo o devido processo, afastando uma posição perfeccionista e recusando uma concepção de bem como válida para todos os indivíduos. Finalmente, o último teste está centrado na proteção das minorias e dos grupos desvantajados.<sup>331</sup>

Horacio Spector afirma a necessidade de mecanismos de controle das decisões legislativas para assegurar a imparcialidade das decisões coletivas, em face da necessária adoção da regra da maioria, das falhas da democracia representativa (que não implica a igualdade política: “*no implementa la igualdad de influencia o la igualdad de chances para tomar decisiones políticas*”) e da impositiva proteção dos direitos das minorias. Para o autor,

---

<sup>329</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Op. cit., p. 12, 51 e 59.

<sup>330</sup> “*En efecto, dado que ellos son los últimos intérpretes de la Constitución, no pueden dejar a la ciudadanía en ignorancia del derecho, es decir, temerosa por no saber a qué atenerse en materia jurídica. Es inaceptable que la ciudadanía no sepa si, digamos, va a ser protegida o encarcelada como resultado de algunas opciones de vida que tome, si va a contar con el respaldo del Estado o si va a ser perseguida por él, a resultados de algunas de sus acciones*” (GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 90). A crítica de Gargarella ao tribunal argentino se adequa perfeitamente à corte brasileira: os juízes são capazes de se contradizer radicalmente em relação às suas decisões mais importantes em questão de quase horas, mas ao mesmo tempo se mantêm firmes em áreas que poderiam realizar uma mudança importante. Ora exigem que as normas constitucionais se adaptem à realidade viva, ora assumem interpretações originalistas, sem explicar por que optam por uma ou por outra, sendo que essas opções levam a resultados opostos (p. 92).

<sup>331</sup> GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta*. Op. cit., capítulo 5. O autor afirma que a tarefa do tribunal constitucional não está claramente justificada e que a obediência a suas decisões deriva mais de razões de prudência do que de razões morais ou constitucionais (p. 123-124). O autor nega o argumento que aduz ser o Poder Judiciário uma abertura democrática para os grupos sem acesso ao Poder Legislativo. O acesso, para Gargarella, não é democracia: democracia é participação e controle. E a decisão judicial não está aberta nem à participação e nem ao controle. O Poder Judiciário, enfatiza, tem credenciais democráticas débeis (GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo, democracia e poder judiciário*. Ciclo de palestras proferidas no Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR, Curitiba, 02 e 03 mar. 2009).

o processo judicial permite a condução de um “*proceso reflexivo de deliberación pública*” e há apenas uma tensão aparente entre democracia e controle de constitucionalidade.<sup>332</sup>

Os princípios constitucionais positivados cristalizam os valores que dão os contornos do trabalho doutrinário e jurisprudencial, reduzindo – sem anular – o trabalho integrador e recriador dos juízes e dos juristas. E, aponta Manuel Aragon, há um papel decisivo dos tribunais constitucionais no direcionamento da jurisdição ordinária.<sup>333</sup>

Em obediência ao princípio da correção funcional, a jurisdição constitucional não pode, sob o pretexto do exercício da função de controle da produção legislativa que lhe atribui a Constituição, restringir a liberdade conformadora do legislador para além dos limites constitucionais ou substituí-lo. Há que se reconhecer a primazia do legislador na concretização da Constituição: a vontade do legislador democrático goza de presunção de constitucionalidade.<sup>334</sup>

Para Eduardo García de Enterría, o Tribunal Constitucional é como um poder neutro que sustenta a efetividade do sistema constitucional, garantindo a Constituição e corporificando-a: “*un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos*”.<sup>335</sup>

Manuel Aragon se opõe frontalmente a Eduardo García de Enterría, afirmando que o princípio democrático impede considerar o Tribunal Constitucional um comissionado do poder constituinte. A existência de um comissionado do poder constituinte, que a Constituição democrática inadmita, seria um deslocamento do princípio monárquico. Sustenta que o

---

<sup>332</sup> SPECTOR, Horacio. Democracia y control de constitucionalidad: una tensión aparente. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F.(Coords.). *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 231-246, p. 233, 235, 243 e 246. Estefânia Maria de Queiroz Barbosa também defende que a tensão entre jurisdição constitucional e democracia é apenas aparente e que ao Poder Judiciário cabe proteger as minorias e garantir seus direitos fundamentais. A autora ainda afirma que “é o Judiciário quem está mais próximo dos cidadãos, que podem, diretamente, lá reivindicar a satisfação de seus direitos constitucionais” (BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 22, 210 e 207).

<sup>333</sup> ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 8, v. 24, p. 9-45, sep./dec. 1985, p. 9-45, p. 15-16.

<sup>334</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Seleção, tradução e introdução: Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992 [1966/1959/1974], p. 47 e 52.

<sup>335</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit., p. 197-198. Apesar desse conceito do papel do Tribunal Constitucional, o autor sublinha a interpretação conforme a Constituição e o princípio de presunção de constitucionalidade das leis que a ela se relaciona, afirmando que além de fixar que uma lei é válida até ser declarada inconstitucional isso significa “*primero, una confianza otorgada al legislador en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una Ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista ‘duda razonable’ sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una Ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea ‘razonablemente posible’, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha Ley es precisamente la que la permita mantenerse dentro de los límites constitucionales*” (p. 96).

princípio democrático impõe o reconhecimento da capacidade de realização normativa da Constituição apenas ao órgão representativo do povo, o legislador, que possui, assim, legitimidade constitucional para preencher a abertura das normas constitucionais, exigida pelo pluralismo.<sup>336</sup>

Eduardo García de Enterría responde às objeções feitas à jurisdição constitucional, referindo-se ao “tribunal da história” que confirmaria o papel do Poder Judiciário na proteção da Constituição,<sup>337</sup> e afirmando que como a Constituição é uma norma jurídica, sua eficácia deve ser assegurada judicialmente, por critérios e métodos jurídicos.<sup>338</sup>

Robert Alexy afirma que para o controle jurisdicional de constitucionalidade ser considerado democrático é necessário vinculá-lo com a representação popular. Para isso, sugere a necessidade de superação de uma democracia “decisional”, em que as decisões são tomadas a partir de um sistema baseado em eleições e na regra da maioria, para uma democracia “deliberativa”, em que o argumento compoñha a tomada de decisão. Segundo o autor, a jurisdição constitucional desempenha um papel de “representação argumentativa”, em que há a representação do pensamento do povo, refletida pela aceitação dos argumentos como corretos por indivíduos racionais. Sendo assim, é legítima sua prevalência em relação à representação baseada na eleição.<sup>339</sup>

O estabelecimento de “*canais comunicativo-discursivos*” entre o Direito e a política, “evitando a sobrecarga jurisdicional da política e, ao mesmo tempo, a instrumentalização política do Direito”, pode justificar a jurisdição constitucional, afirma José Joaquim Gomes Canotilho. Há que se atentar, no entanto, para a retórica argumentativa de suas decisões, sob pena de um “*discurso moral realizador-concretizador de valores*” capaz de “transformar os tribunais em instâncias autoritário-decisórias transportadoras de uma *compreensão paternalista e moralizante da jurisdição constitucional*”.<sup>340</sup>

---

<sup>336</sup> ARAGÓN, Manuel. *La eficacia jurídica del principio democrático*. Op. cit., p. 9-45, p. 37-38.

<sup>337</sup> A experiência dos Estados Unidos e dos países europeus, para Eduardo García de Enterría, mostra o funcionamento correto do sistema com vantagens políticas apesar das objeções teóricas. A jurisdição constitucional atua, para o autor, como um instrumento de integração política e social, colocando a Constituição acima de interesses políticos ocasionais, além de acentuar o sentido da política, contribuindo para a paz jurídica e a renovação dos consensos fundamentais. Adiante afirma, no entanto, que o êxito do Tribunal Constitucional está na autenticidade e no rigor dos seus juízes (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit., p. 116, 192-195 e 205).

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 1175-178. A utilização do método jurídico é que assegura a legitimidade do Tribunal Constitucional, que, embora não possa ser cego às consequências políticas de sua decisão, não pode escapar da Constituição ou do Direito nem afastar uma lei por discordar de suas consequências jurídicas (p. 183-184).

<sup>339</sup> Robert Alexy defende que a argumentação constitucional é (ou pode ser, em um grau considerável) racional e é acompanhada de objetividade (ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, New York, n. 3, p.572-581, 2005. 3(4)).

<sup>340</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1, p. 871-887, p. 877e 879.

Para Cristina Queiroz, essa realidade de uma concepção de direitos, que vai além do conceito de código e que traz o Poder Judiciário para o centro do constitucionalismo, implica um conceito de Direito que engloba, “além das *normas*, os *princípios*, os *valores* e as *formas de argumentação*, que servem de referência às decisões jurídicas”. Passa-se da dogmática à pragmática.<sup>341</sup>

Clèmerson Merlin Clève afirma que “[a] legitimidade da ação jurisdicional repousa basicamente sobre a racionalidade e a justiça da decisão” e a justiça se baliza pelos valores consagrados na Constituição, nos princípios fundamentais e nas normas que se deduzem do Preâmbulo.<sup>342</sup> O autor ressalta que a Constituição não deve ser neutra em face das possíveis decisões da maioria eventual e que deve impor limites a essa maioria, para proteger sua identidade. Essa concepção de Constituição exige um “tipo de operador jurídico que compreenda a Constituição como um espaço de luta, como compondo uma identidade que não pode ser absolutamente quebrada, que compreenda a Constituição como tarefa, mas também como limite”.<sup>343</sup>

Para Luiz Edson Fachin, há uma “ligação umbilical” entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático, revelada pelo papel da Suprema Corte em relação à Constituição dos Estados Unidos. Para o autor, as cortes constitucionais não apenas guardam a Constituição, mas são “veículo de justificação e fundamentação material dos direitos que devem ser protegidos pelo Judiciário”.<sup>344</sup> Com Cláudio Pereira de Souza Neto, a jurisdição constitucional, longe de ser um óbice à democracia, aprimora o processo democrático, pois se dá por um processo de racionalização dialógica.<sup>345</sup>

Apesar de democracia e constitucionalismo mostrarem-se conceitos que operam princípios opostos, supõem-se mutuamente, são “equíprimordiais e co-originares” e

---

<sup>341</sup> QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1, p. 457-480, p. 477.

<sup>342</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. Op. cit., p. 44. Também nesse sentido o pensamento de Angela Cristina Pelicoli, que afirma que a atuação do juiz constitucional como legislador positivo exige uma justificação racional e uma relação direta com a concretização dos direitos fundamentais (PELICOLI, Angela Cristina. O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo: o caso da fidelidade partidária. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 11, a. 24, p. 1259-1275, nov. 2008, p. 1260).

<sup>343</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira. (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 49-60, p. 51 e 58.

<sup>344</sup> FACHIN, Luiz Edson. Defesa da Constituição, cortes supremas e Estado social democrático. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, a.2, n. 3, p. 102-107, abr. 2007.

<sup>345</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

constituem um ao outro, afirma Menelick de Carvalho Netto: “a democracia só é democrática se for constitucional” e “o constitucionalismo só é constitucional se for democrático”.<sup>346</sup>

Luiz Guilherme Marinoni afirma a evidência da necessidade de um controle da produção legislativa, “resultado da coalisão das forças dos vários grupos sociais, e que por isso freqüentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos”, a partir dos “princípios da justiça”. Para o autor, ainda que se afaste o pluralismo, a lei deve ser limitada e conformada aos “princípios da justiça”. Esses princípios estão no texto constitucional, têm caráter substancial e requerem conformação da lei com os direitos fundamentais. Na sua tarefa de analisar a conformidade da lei à Constituição e de afastar as normas inconstitucionais, o juiz deve demonstrar, com forte argumentação, porque não pode subsistir a decisão da representação política.<sup>347</sup>

Em forte crítica contra o papel de legislador da jurisdição constitucional, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira afirma que “a cidadania não precisa de tutores”. Aponta que a jurisdição constitucional passa a assumir “o lugar de um poder constituinte permanente de desenvolvimento de valores pressupostos à Constituição, limitando, dirigindo e antecipando-se ao Legislativo”. Para o autor, a justificação da atuação do juiz constitucional relaciona-se à teoria discursiva que pressupõe um pluralismo axiológico e cultural, uma política deliberativa e a influência da opinião pública livre. Sua posição parece se aproximar a de John Hart Ely, ao afirmar a necessidade de reconstrução da jurisdição constitucional brasileira a partir da tarefa de examinar e garantir a “realização das condições procedimentais, das formas comunicativas e negociais, para um exercício discursivo da autonomia política”.<sup>348</sup>

A jurisdição constitucional é submetida pela cidadania, pela sociedade e sua forma de pensar a justiça e o Direito: “o povo conduz a interpretação das normas constitucionais”, fazendo-se presente neste momento também político, assevera Cármen Lúcia Antunes Rocha.<sup>349</sup>

Para Paulo Bonavides, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é o que mais se harmoniza com a “inspiração primordial” das Constituições: “a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam

---

<sup>346</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003, p. 82-83.

<sup>347</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 7, p. 423-514, 2009.

<sup>348</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição constitucional: um poder constituinte permanente?. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Estudos em homenagem a José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 67-91.

<sup>349</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *A Constituição segundo a lei eleitoral ou a lei eleitoral segundo a Constituição*. Op. cit.

inabdicáveis”. Para o autor, a jurisdição constitucional é “coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis”.<sup>350</sup>

Em outro texto, Bonavides afirma que “a justiça constituicional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade”. Segundo sua visão, ainda que a legitimidade da jurisdição constitucional seja pacífica, há que se atentar para a legitimidade no exercício dessa jurisdição, a fim de se evitar uma ditadura constitucional. Levanta-se contra a ação direta de constitucionalidade e contra a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que emprestam “um caráter autocrático ao sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade”. Para o autor, o controle difuso é o mais democrático e o mais independente. Ao contrário, o controle concentrado, influenciado por razões políticas, acaba por ter a autoridade última sobre a ordem constitucional, podendo “resvalar no abuso de reescrever e positivar em seus acórdãos, por meios hermenêuticos, uma Constituição diferente daquela que se acha na letra e no espírito da Lei Maior”. Assim, “a Constituição, desfalecida, sai da letra do constituinte para a sentença de tais juízes” e o tribunal passa a ser o “fiador do Estado de Direito”.<sup>351</sup>

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, sob a Constituição de 1946, afirmou seu papel de “um constituinte permanente”, em face dos seus deveres políticos, além de suas tarefas jurídicas. Do voto do Ministro Edgard Costa, no pedido de intervenção federal no estado do Mato Grosso, julgado em 1951, motivado pela existência de dois presidentes, dois vice-presidentes e dois corregedores do Tribunal de Justiça, hipótese não prevista na Constituição como causa de intervenção, extrai-se a compreensão de que a natureza das funções do Supremo Tribunal Federal permite sua “função construtora” e sua atuação, ainda que no silêncio da lei, como “órgão regulador do regimen na manutenção de sua ordem jurídica”.<sup>352</sup> Ementa de decisão de 1952 aponta de maneira mais sutil, a visão que o Supremo Tribunal tem de si mesmo e de sua supremacia em face dos demais poderes, afirmando a inadmissibilidade de uma interpretação contrária à sua pelo legislador.<sup>353</sup>

---

<sup>350</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 301.

<sup>351</sup> BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 520-549, p. 521-523, 525, 533-534, 544-545.

<sup>352</sup> Pedido de intervenção 14/51, relator Min. Edmundo Macedo Ludolf, voto do Ministro Edgard Costa, obtido junto ao Supremo Tribunal Federal. A expressão “competência construtiva” do Supremo Tribunal Federal também é utilizada no aditamento ao relatório na Reclamação 315, relator Min. Ribeiro da Costa, julgada em 31 de maio de 1957 (inteiro teor da decisão disponível na página do STF na internet: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) - Acesso em 19 de outubro de 2009).

<sup>353</sup> “Admitir o Sup. Tribunal que, após interpretar a constituição de um modo, possa a lei ordinária adotar interpretação oposta, equivaleria a renunciar ele a sua atribuição máxima, de mais alto intérprete da constituição, para transferi-la ao legislador ordinário, que assim se transmudaria em poder constituinte permanente, não

Tal autocompreensão parece refletir a atuação do Poder Judiciário brasileiro contemporaneamente. Com uma prática que sugere uma tendência à centralização do controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal soa hoje como o novo soberano, capaz de substituir a vontade democrática pela única leitura “adequada” do texto constitucional – aquela promovida por seus ministros.<sup>354</sup>

Essa visão não se coaduna com o Estado de Direito e com a visão da lei como Direito de emanção democrática, e não apenas como desenvolvimento da Constituição, conforme afirma Manuel Aragón. Embora seja uma instituição crucial do Estado de Direito, ao garantir a Constituição como norma, o Supremo Tribunal Federal não pode se arvorar, no entanto, de “representante na terra” do poder constituinte.<sup>355</sup>

Em relação à impossibilidade de que o legislador ordinário se oponha à interpretação do Supremo Tribunal Federal, não cabe aos ministros do tribunal máximo associar um conteúdo definido e inafastável às decisões legislativas, sob pena de desconsiderar sua configuração como órgão de soberania, e com primazia na tomada de decisões políticas.<sup>356</sup>

Não se nega, no entanto, a função do Poder Judiciário de controlar a constitucionalidade das normas jurídicas elaboradas pelo Parlamento e, em determinados casos, sancionadas pelo Poder Executivo. A questão é que a invalidação por um tribunal de uma decisão tomada no âmbito político com fundamento constitucional não é passível de afastamento por outro órgão estatal, ainda que representativo e responsável – o que pode levar a uma avaliação dessa função do Poder Judiciário a partir dos princípios adotados para afastar a decisão<sup>357</sup> ou seus resultados.

Tampouco se nega o papel do Poder Judiciário na proteção das regras democráticas. Reconhece-se que o controle judicial de constitucionalidade deve atuar para vigiar o processo

---

apenas pela forma que a carta magna prevê, mas também através da elaboração das leis comuns”. Recurso Extraordinário 19520/DF, relator Min. Luiz Galotti, julgamento em 05 de junho de 1952.

<sup>354</sup> António Manuel Hespanha ressalta a influência da ideia de que a legitimidade do saber (dos juristas, por certo) é mais forte do que a legitimidade democrática na justificação de um controle judicial de constitucionalidade. Aponta ainda que a legitimidade democrática como base das normas jurídicas perde espaço também para a lei do mercado internacional (HESPANHA, António Manuel. *Será que a Democracia e a Constituição ainda são o que eram? Como se realizam os consensos básicos nas sociedades de hoje*. Palestra proferida no Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR, Curitiba, 05 set. 2008).

<sup>355</sup> ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. Op. cit., p. 40-41.

<sup>356</sup> Georg Jellinek questiona, ao tratar da mutação da Constituição pela prática constitucional, a possibilidade de se aniquilar um poder quando se atribui à sua ação um conteúdo vinculante. Aduz: “*Cuando a una competencia política se le adjudica un contenido determinado e inquebrantable, entonces el poder se transforma en un deber*” (JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Op. cit., p. 37).

<sup>357</sup> Como acentua John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Op. cit., p. 4-5).

de representação política como um árbitro – ou controlar o processo democrático<sup>358</sup> –, clarear os canais de mudança política e facilitar a representação das minorias.<sup>359</sup>

Sua atuação, no entanto, não é ilimitada.<sup>360</sup> A ausência de limites no exercício das funções dos agentes públicos não encontra guarida em um Estado de Direito, em uma Constituição democrática. Quando a norma constitucional não oferece apenas uma possibilidade para a sua concretização, ou quando o poder constituinte posterga a decisão, a decisão política cabe ao legislador. Além disso, há uma presunção de constitucionalidade do legislador: a jurisdição constitucional, em obediência ao princípio democrático, somente deve declarar a inconstitucionalidade de uma lei quando for clara sua contradição com a Constituição.

E não são poucas as leis e medidas provisórias claramente inconstitucionais. Paradoxalmente, várias delas encontram o beneplácito do Poder Judiciário, que acaba sendo complacente com várias deliberações políticas incompatíveis com a Constituição e fortemente reativo com outras, às vezes sem qualquer respaldo constitucional para tanto.

### 2.3 OS LIMITES EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS AOS PROCESSOS FORMAIS E INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

A noção de constitucionalismo impõe a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, entre decisões que estão ao alcance das deliberações democráticas e questões que estão para além delas. Pressupõe a rigidez constitucional e sua pretensão de

---

<sup>358</sup> Conforme Carlos Santiago Nino. NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Op. cit., p. 317-321.

<sup>359</sup> Como indica John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Op. cit.). Roberto Gargarella também inclui a garantia das condições do debate democrático, ao lado da proteção a uma esfera de inviolável autonomia individual, entre as tarefas principais do sistema de controle de leis (GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Op. cit., p. 262-265).

<sup>360</sup> Ressalta António Manuel Hespanha que atualmente a lei é a última razão de decidir levada em conta pelos juízes, depois da doutrina e da jurisprudência. Para o professor, é necessário limitar o arbítrio judicial, voltando ao velho ensino jurídico: tópica, retórica, valor, limites dos argumentos (HESPANHA, António Manuel. *Justiça e Democracia: que perigos vemos hoje para a Justiça democrática*. Palestra proferida no Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR, Curitiba, 05 maio 2009). Em contrapartida, Herbert L. A. Hart afirma que o sistema de controle de constitucionalidade que dá ao Poder Judiciário a última palavra, “é o preço que tem de pagar-se pela consagração de limites jurídicos ao poder político” (HART, Herbert L. A. Pós-escrito. In: \_\_\_\_\_. *O conceito de Direito*. 4. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1994], p. 299-339, p. 339).

estabilidade.<sup>361</sup> A Constituição se caracteriza por sua intenção fundacional,<sup>362</sup> que implica um peso jurídico e político superior à atividade legislativa cotidiana.

A Constituição tem como necessário conteúdo a ideia de Direito, fruto da manifestação do poder constituinte, conforme afirma Georges Burdeau.<sup>363</sup> A renúncia do povo a essa ideia tem que ser expressa, o que implica a exclusão da ideia de direito do debate democrático ordinário. Apenas o poder constituinte pode alterar, substituindo-a, a ideia de Direito de um Estado.

Além disso, a própria ideia de Constituição escrita impõe a presunção de seu caráter duradouro e da existência de regras estabelecidas para a sua alteração. Daí deriva o efeito estabilizador, racionalizador e de garantia que emana do texto constitucional – o que fracassa quando se lhe deixa de considerar vinculante.<sup>364</sup>

A Constituição não pretende, no entanto, cristalizar-se. Conforme Karl Loewenstein, a Constituição é um organismo vivo, dinâmico, sempre em movimento, jamais sendo idêntica a si mesma, o que exige mecanismos de adaptação do texto constitucional.<sup>365</sup> Disso não decorre, contudo, sua prescindibilidade. A Constituição, documento escrito, solene, formal, deve carregar consigo um conteúdo determinado, ainda que mínimo, sob pena de não significar coisa alguma. O constitucionalismo resolve essa dinâmica entre alteração e permanência a partir da previsão de mudança do texto constitucional, geralmente com a reserva de determinadas matérias: a ideia de Direito.

A mudança do texto constitucional é levada a cabo mediante um processo previsto pela própria Constituição, que determina o sujeito, o procedimento e os limites da alteração.

---

<sup>361</sup> Georg Jellinek aponta que as Constituições escritas revelam a fé na razão humana e que “*se invoca al legislador para curar los males de la sociedad*”. A intenção de estabelecer normas fundamentais para além do alcance do legislador mostra-se frustrada, pela perda da fé no constituinte e no legislador e instabilidade das normas constitucionais. No início do século XX, o autor já aponta a oposição de poderes ao legislador, que se atrevem a substituí-lo (JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Op. cit., p. 5-6).

<sup>362</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit., p. 50.

<sup>363</sup> A ideia de Direito é a representação dominante da ordem social desejável, juridicamente garantida (BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Tradução de Ramón Falcón Tello. Madrid: Editora Nacional, 1981 [1977], p. 39; BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Public*. Op. cit., 1948, p. 35).

<sup>364</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. cit., p. 21. Para o autor, quando se adota uma solução que é aquela que deriva da interpretação literal da Constituição, ainda que seja de alguma maneira ou em algum caso mais adequada, “*queda abierto el camino por el que la Constitución pueda ser dejada de lado con sólo invocar cualquier interés aparentemente más alto pero cuya superioridad será, con toda seguridad, puesta en cuestión. La idea básica de la Constitución escrita se ve entonces sustituida por una situación de inseguridad producida por una lucha constante de fuerzas y opiniones que en su argumentación no disponen de una base común de referencia*” (p. 22).

<sup>365</sup> “*Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al panta rhei heraclitiano de todo lo viviente*” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 164).

Assim, o ordenamento traz em si os limites materiais, formais, circunstanciais e temporais para a alteração do texto.

Se a titularidade do poder constituinte é objeto de discussão na doutrina, que ora considera o poder constituinte como um poder de Direito, cujo titular é necessariamente o povo e que encontra limites no Direito natural, ora como um poder de fato, cuja titularidade não pode ser pré-determinada e que é naturalmente ilimitado,<sup>366</sup> o titular do poder de reforma da Constituição é claramente estabelecido pela própria Constituição. E para que se caracterize seu papel de fundadora e fundamentadora do ordenamento jurídico, sua reforma deve ser confiada a um “superlegislador”.<sup>367</sup>

A Constituição brasileira em vigor assenta que o titular do poder de reforma do seu texto é o Poder Legislativo, seja pelo processo de emenda (artigo 60), seja pelo processo de revisão (artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).<sup>368</sup> A revisão mostra-se como um processo excepcional de reforma, único, realizado após cinco anos da promulgação da Constituição, pelo Congresso Nacional reunido e cuja aprovação de suas reformas exige maioria absoluta. Pelo texto constitucional – apesar de leituras distintas principalmente na esfera política – a revisão já se deu em 1993, com seis emendas alterando o texto constitucional. Não pode ser repetida: o dispositivo constitucional esgotou-se com a sua concretização.<sup>369</sup>

O artigo 60 da Constituição<sup>370</sup> traz toda a disciplina de reforma da Constituição. Estabelece como titulares de proposta de reforma os membros do Congresso Nacional (um

---

<sup>366</sup> Consideram o poder constituinte de titularidade do povo José Afonso da Silva, Dalmo de Abreu Dallari, Josaphat Marinho, Afonso Arinos de Melo Franco, Goffredo Telles Junior e Paulo Bonavides; e apontam o caráter não jurídico do poder constituinte e afirmam a impossibilidade de determinar sua titularidade Celso Bastos, Cotrim Neto, Aricê Moacyr Amaral Santos, José Adércio Leite Sampaio e Carlos Ari Sundfeld. A análise do pensamento dos autores foi realizada durante a pesquisa de mestrado, que tratava da Assembleia Nacional Constituinte que elaborou a Constituição de 1988 (SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 41-61).

<sup>367</sup> SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 7. ed. Madrid: Universidade de Madrid, 1980, p. 47.

<sup>368</sup> Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 3º. “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

<sup>369</sup> Assim a posição de José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 243).

<sup>370</sup> Art. 60. “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a

terço de uma das casas), o Presidente da República e mais da metade das Assembleias Legislativas.<sup>371</sup> Não reconhece a legitimidade do povo, soberano por forma do parágrafo único do artigo 1º, para propor a alteração da Constituição, o que, segundo Karl Loewenstein, contraria a ideologia do Estado constitucional democrático, que exige que a competência para a reforma constitucional esteja o mais distribuída possível, pois “*soberano es aquel entre los detentadores del poder que decide sobre la reforma constitucional*”.<sup>372</sup>

A Constituição impõe o procedimento de mudança, a partir da votação nas duas casas legislativas, em dois turnos, com a exigência de aprovação de três quintos dos membros de cada uma. Exige-se, assim, uma prévia reflexão para a mudança,<sup>373</sup> e um amplo consenso. Não há previsão de sanção pelo Presidente da República, de aprovação pelas assembleias legislativas e nem de referendo popular. Pela previsão constitucional, a reforma da Constituição não é nem fácil demais nem muito difícil, o que permite a adaptação do texto sem fragilidade em face das maiorias eventuais e um relativo poder de veto a minorias discordantes.

As limitações circunstanciais estão postas, proibindo a alteração da Constituição em momentos de crise institucional (intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio). E, assegurando a estabilidade das decisões fundamentais, retira expressamente determinadas questões do alcance do poder de reforma: a federação; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e as garantias individuais. Não há no texto constitucional limitações temporais à reforma do texto.

Os incisos do parágrafo 4º do artigo 60, no entanto, não são os únicos limites materiais à mudança da Constituição. Alguns derivam da lógica da disciplina constitucional: são limites ao poder de reforma a sua titularidade, o seu procedimento e o próprio dispositivo que prevê os limites materiais.<sup>374</sup> Outros limites derivam da ideia de Constituição, do seu papel e de seu

---

separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

<sup>371</sup> Em uma fraca acepção federalista, pois reconhece a legitimidade dos estados membros para propor a reforma da Constituição, mas não exige a sua concordância para a entrada em vigor das modificações. Conforme LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 182.

<sup>372</sup> Ibid., p. 172. Para Fábio Konder Comparato e Dalton José Borba, a não vedação expressa de iniciativa popular para a apresentação de propostas de emendas à Constituição implica a possibilidade da participação do povo, em nome do princípio da soberania popular, no processo de alteração da Constituição (COMPARATO, Fábio Konder. Emenda e revisão na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 125-128, jan./mar. 1990; BORBA, Dalton José. *Iniciativa popular de emenda constitucional no Brasil*. Curitiba, 2002. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná).

<sup>373</sup> A prévia reflexão para a mudança da Constituição é exigência da configuração de um Estado constitucional, conforme Georges Burdeau (BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Op. cit., p. 115). Isso não ocorre, ou não ocorre necessariamente, quando da mutação constitucional.

<sup>374</sup> Não se admite a hipótese de “dupla revisão”, com o afastamento das cláusulas protetoras e posteriormente das matérias originalmente protegidas. Parece adequada à noção de Constituição e de poder

conteúdo necessário. Dessa maneira, sob pena de esvaziar-se a noção de constitucionalismo, os princípios constitucionais estruturantes, gerais e setoriais, estão para além do alcance do poder de reforma da Constituição, pois constituem o núcleo constitutivo de identidade,<sup>375</sup> a essência da ideia de Direito.<sup>376</sup> A competência reconhecida constitucionalmente para a alteração da Constituição pressupõe a preservação da identidade e continuidade da Constituição, entendida aqui como decisão política fundamental.<sup>377</sup>

Acentua Jorge Miranda que o sentido da existência de limites às alterações da Constituição é a “intangibilidade de certos princípios”, em face da função do poder de reforma: defender a Constituição e garantir sua identidade e continuidade.<sup>378</sup>

A incorporação no texto constitucional de determinados princípios que dão a estrutura do Estado e a legitimidade do poder político obriga que seus termos sejam dotados de significado jurídico<sup>379</sup> e colocados para além do alcance das possibilidades de alteração constitucional.

No núcleo constitucional intangível estão incluídos, exemplificativamente, o princípio republicano,<sup>380</sup> o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático (para além da garantia do voto direto, secreto, universal e periódico), o princípio da anualidade tributária, o princípio da legalidade penal, os princípios da Administração Pública e os cinco princípios eleitorais aqui explicitados: a autenticidade eleitoral, a liberdade para o exercício do mandato, a necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas,<sup>381</sup> a

---

constituente a visão de José Joaquim Gomes Canotilho, que vê na dupla revisão uma fraude à Constituição (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 997-998).

<sup>375</sup> Ibid., p. 1001.

<sup>376</sup> Conforme Karl Loewenstein, os limites da reforma da Constituição são “*por una parte, medidas para proteger concretas instituciones constitucionales – intangibilidad articulada –, y, por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como ‘implícitos’, ‘inmanentes’ o ‘inherentes’ a la constitución. En el primer caso, determinadas normas constitucionales se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional, y, en el segundo caso, la prohibición de reforma se produce a partir del ‘espíritu’ o telos de la constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional*” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 189).

<sup>377</sup> SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Op. cit., p. 150.

<sup>378</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 411 e 414. O autor, sublinhando a natureza declarativa das cláusulas pétreas, afirma que elas são afastáveis, podendo ser revogadas pelo poder de reforma, desde que não se atinjam os princípios nucleares da Constituição (p. 418-419).

<sup>379</sup> ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. Op. cit., p. 27.

<sup>380</sup> Paulo Peretti Torelly demonstra a inconstitucionalidade da Emenda 16/97, que insere a reeleição no ordenamento jurídico brasileiro, em face do princípio republicano, ofendendo a “moldura republicana desenhada pelo Poder Constituinte originário na definição do estatuto do poder, o que acaba por afrontar a própria essência do Estado Democrático de Direito, concebido precípuamente como limitação do poder e garantia substantiva de participação e legitimidade populares” (TORELLY, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição*. Isonomia e República no Direito Constitucional e na Teoria da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 197).

<sup>381</sup> Vale ressaltar que o sistema de representação proporcional é limite material expresso ao poder de reforma na Constituição portuguesa (artigo 288º, h), não sendo admissível sua relativização ou “qualquer

máxima igualdade na disputa eleitoral e a legalidade específica em matéria eleitoral. Esses princípios fazem parte dos conteúdos essenciais da Constituição, são decisões constituintes fundamentais,<sup>382</sup> compõem seu núcleo imodificável.<sup>383</sup>

As competências constitucionais também são inalcançáveis ao poder de reforma.<sup>384</sup> Além disso, os preceitos que as prevêm se caracterizam como regras, de aplicação direta e cogente, sem possibilidade de ponderação ou oposição a outros princípios. Assim não cabe ao Poder Judiciário, ao considerar a ineficácia do Poder Legislativo em estabelecer normas jurídicas, assumir a competência legislativa.

Uadi Lammêgo Bulos apresenta quatro teses a respeito dos limites materiais ao poder reformador: (a) insuperabilidade dos limites materiais; (b) ilegitimidade dos limites materiais em face da igual dignidade do poder constituinte inicial e posterior; (c) imprestabilidade dos limites materiais expressos; e (d) possibilidade de dupla revisão, como limites que podem ser alterados pelo legislador reformador. Aponta que essa última tese configura uma fraude à Constituição, uma ruptura constitucional.<sup>385</sup> Afirma, ainda, a existência de limitações implícitas, inerentes, tácitas ou imanes ao poder de reforma, relacionadas aos direitos fundamentais, à titularidade do poder constituinte e do poder reformador e às disposições que regulam o processo de emenda ou da revisão constitucional.<sup>386</sup>

O desrespeito aos limites constitucionais à sua reforma leva ao afastamento da modificação, mediante controle de constitucionalidade. Vale ressaltar que a reforma do texto não é a única maneira pela qual a Constituição pode ser modificada. A realidade constitucional revela a alteração da Constituição por meio de mutação constitucional, fenômeno que, mantendo incólume o texto constitucional, altera seu significado. Se a reforma da Constituição encontra disciplina expressa no próprio texto constitucional, a mutação não é prevista, o que dificulta o estabelecimento de seus limites e o reconhecimento da legitimidade dos seus agentes.

---

‘engenharia de círculos’ que perverta, na prática, a regra da proporcionalidade” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 301).

<sup>382</sup> Terminologia adotada por Ingo Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 414). O autor reconhece a existência de limites materiais imanes e implícitos à reforma constitucional, incluindo aí os princípios fundamentais do Título I da Constituição, as normas sobre a reforma da Constituição, a República e o presidencialismo (a partir da decisão popular em 1993) (p. 417 e seguintes).

<sup>383</sup> Conforme a expressão de José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66). O autor, revendo posicionamento anterior, defende a intangibilidade da República.

<sup>384</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 83.

<sup>385</sup> Ruptura constitucional é entendida por Karl Loewenstein como uma exceção em um caso concreto da aplicação de uma norma que tem sua validade geral preservada (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 187).

<sup>386</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. Op. cit., p. 40-51.

Os autores distinguem a reforma da mutação a partir de diferentes elementos. Georg Jellinek considera reforma da Constituição a modificação voluntária e intencional das suas normas e entende por mutação a alteração que deixa incólume o seu texto e que se produz por fatos que não precisam ser acompanhados de intenção ou consciência. Configura mutação constitucional a alteração do significado do dispositivo da Constituição sem um processo de revisão ou reforma. Têm natureza fática. O autor aponta a força constituinte do fato consumado, que revela a necessidade política como um poder criador do Direito, transformador da Constituição, não apenas em momentos críticos.<sup>387</sup>

Entender a mutação constitucional como um poder de fato – caracterização do poder constituinte – faz tábula rasa do princípio da constitucionalidade, da noção de Constituição, de sua supremacia e rigidez. Para José Afonso da Silva, essa compreensão leva a “uma verdadeira flexibilização das Constituições rígidas”.<sup>388</sup>

Para Karl Loewenstein, reforma constitucional é a modificação do texto, sua técnica (aspecto formal) e seu resultado (aspecto material). A mutação constitucional, mais frequente, é a transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social o do equilíbrio de interesses sem alteração do texto constitucional.<sup>389</sup>

Konrad Hesse afirma que revisão constitucional é apenas aquela que modifica o texto da Constituição. A mutação constitucional afeta não o texto, mas a concretização do conteúdo das normas constitucionais, a partir da abertura de seus termos. O conteúdo é modificado, “*de la manera que sea*”, mudando o conteúdo da norma ou a “situação constitucional”<sup>390</sup> de modo que a norma passa a ter uma significação diferente. O autor aponta ainda a ruptura constitucional, que é a não observância do texto constitucional em um caso concreto.<sup>391</sup>

Anna Cândida da Cunha Ferraz aponta que ocorre mutação constitucional quando é atribuído um sentido novo à Constituição, quando se dá à norma um caráter mais abrangente

---

<sup>387</sup> “*Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación*” (JELLINEK, Georg. Reforma y mutación de la Constitución. Op. cit., p. 7 e 29). Pablo Lucas Verdú, em estudo preliminar a essa obra, afirma que essa compreensão revela a influência de Lassale sobre o pensamento de Jellinek (p. LXIII). Para Konrad Hesse o tratamento dado por Georg Jellinek à mutação constitucional leva à conclusão de que é impossível traçar limites à mutação constitucional, que se mostra como o resultado da atuação de forças elementares irresistíveis, com a capitulação da Constituição em face dos fatos (HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. cit., p. 88 e 99).

<sup>388</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. Op. cit., p. 284.

<sup>389</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 165.

<sup>390</sup> Com o afastamento da vigência efetiva de uma norma constitucional. Para o autor, não é possível vislumbrar-se uma mutação constitucional quando se opõem a situação constitucional e a norma constitucional, porque se está argumentando em diferentes níveis (HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. cit., p. 87).

<sup>391</sup> Ibid., p. 24 e 85-86.

ou um novo conteúdo e quando se preenchem lacunas do texto constitucional.<sup>392</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que a mutação constitucional decorre “da conjugação da *peculiaridade* da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os *factores externos*, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia – intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte”.<sup>393</sup>

A mutação, para Georg Jellinek, pode dar-se pela prática parlamentar, da administração e da jurisdição, pela necessidade política, por desuso das faculdades estatais (negada pelo autor, ao afirmar a imprescritibilidade do Direito do Estado) e pela integração das lacunas da Constituição.<sup>394</sup>

A partir das lições de Hsü Dau-Lin, Pablo Lucas Verdú e Manuel García-Pelayo, Uadi Lammêgo Bulos aponta quatro modalidades de mutação constitucional: por meio de prática que não vulnera a Constituição; por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; em decorrência de prática que viola preceitos constitucionais; e pela interpretação. Em face da espontaneidade dos métodos de mutação, que podem ser pela interpretação, pela construção judicial, pelos usos e costumes, pela complementação legislativa, por práticas governamentais, legislativas e judiciárias e pela influência dos grupos de pressão, o autor afirma sua ilimitação.<sup>395</sup>

O ponto nodal da mutação constitucional está na interpretação das normas constitucionais, quando de sua aplicação pelo juiz.<sup>396</sup> As alterações informais do conteúdo do preceito constitucional pelo legislador, mediante a elaboração de uma lei que contrarie o entendimento de determinado comando, sempre pode ser objeto de controle de

---

<sup>392</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 56-58.

<sup>393</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 130.

<sup>394</sup> JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Op. cit. Afirma o autor que cabe ao legislador o preenchimento das lacunas como regra geral, “*porque la reforma de la Constitución es el camino más seguro para colmar completamente tales lagunas*” (p. 56).

<sup>395</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. Op. cit., p. 63-66. De maneira bastante singela, Paulo José Leite Farias aduz que “a Constituição de um país deve ser o bastante plástica e flexível para acolher e permitir mutações decididas pela sociedade por intermédio de mecanismos democráticos estabelecidos pela própria Constituição”, afirmando a impossibilidade de que a mutação ofenda a letra ou o espírito da Constituição (FARIAS, Paulo José Leite. *Mutação constitucional judicial como mecanismo de adequação da Constituição Econômica à realidade econômica*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 133, p. 213-231, jan./mar. 1997, p. 214-215).

<sup>396</sup> Konrad Hesse afirma que a função da interpretação é “*hallar el resultado constitucionalmente ‘correcto’ a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión*”. Aduz, ainda, que o recurso acrítico a valores provoca crescente insegurança (HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. cit., p. 35).

constitucionalidade. Práticas que trazem novos significados ao texto constitucional podem ser afastadas ou afirmadas pelo Poder Legislativo. A aplicação da Constituição pelo julgador, no entanto, pode assumir uma feição definitiva.

Ao aplicar a norma jurídica, o intérprete pode atribuir novos sentidos aos seus termos, alargando ou restringindo seu significado. A textura aberta da linguagem e a plasticidade das normas constitucionais permitem essa atualização, como se verifica facilmente nos termos “bem comum”, “interesse público”, “reputação ilibada”, “honra”, “justiça social”, “igualdade”, “liberdade”.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de uma mudança informal do texto constitucional por meio dos seus julgados. O Ministro Celso de Mello acentua que a interpretação constitucional é instrumento juridicamente idôneo para realizar a mutação, afirmando sua legitimidade “se e quando imperioso” for compatibilizar a Constituição “com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos”. O Ministro Gilmar Mendes ressalta a influência do tempo no Direito Constitucional, evidenciando a importância da evolução jurisprudencial e da mutação constitucional. Referindo-se às lições de Karl Larenz, Inocêncio Mártires Coelho e Peter Häberle, acentua que a norma é o resultado do processo de interpretação, sempre integrado à realidade e ao tempo.<sup>397</sup>

O Direito é linguagem e sua aplicação exige uma atribuição de sentido ao seu enunciado. Essa atribuição de sentido não pode, no entanto, ser ilimitada. A configuração de um Estado democrático constitucional exige o afastamento do *gerrymandering* interpretativo,<sup>398</sup> a partir do estabelecimento de critérios, a fim de não permitir o esvaziamento da ideia de Constituição pela mutação constitucional promovida pelos juízes e tribunais. Não é suficiente a existência de um “lastro democrático”, “uma demanda social efetiva por parte

---

<sup>397</sup> Manifestações nos julgados: Habeas corpus 96.772-8 São Paulo, Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 09 de junho de 2009, publicado em 21 de agosto de 2009. Embargos de divergência no Recurso Extraordinário 166.791-5 Distrito Federal, Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 20 de setembro de 2007, publicado em 19 de outubro de 2007. O primeiro caso se refere à não subsistência da prisão civil do depositário infiel, prevista no artigo 5º, LXVII, em face da adesão do Brasil à Convenção Americana dos Direitos Humanos, que veda tal prisão. O segundo diz respeito ao artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê a anistia aos servidores públicos que foram atingidos por atos da ditadura militar e assegura o direito a promoções. O Supremo Tribunal Federal entendia que o dispositivo alcançava apenas as promoções por antiguidade, mas passa a compreender que estão incluídas também as promoções por merecimento. O Supremo Tribunal Federal se manifesta sobre as mudanças de entendimento dos dispositivos constitucionais também nos mandados de segurança sobre a fidelidade partidária, mas essas decisões serão analisadas pormenorizadamente na segunda parte desse trabalho.

<sup>398</sup> Expressão utilizada por Jônatas Machado, a partir da preocupação com a proteção do conteúdo da liberdade de expressão (MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 740 e 1129). *Gerrymandering* é uma fraude eleitoral relacionada à divisão do território em distritos, que leva à distorção da representação.

da coletividade”:<sup>399</sup> adotar uma Constituição significa expressamente impor limites à vontade democrática. Tampouco parece adequado ao princípio da constitucionalidade conceber a mutação constitucional como a expressão de um “poder constituinte difuso”.<sup>400</sup>

Konrad Hesse estabelece limites à mutação constitucional, afirmando que a ideia de Constituição e sua garantia exigem controle e bloqueios aos ataques ao seu texto: “*Cuando tales parámetros faltan, entonces no cabe distinguir ya entre actos constitucionales e inconstitucionales porque la afirmación siempre posible de una mutación constitucional no puede probarse ni refutarse*”.<sup>401</sup> Certamente a aceitação da mutação constitucional como fato, como força constituinte, e o não reconhecimento de limites a ela levam à quebra da própria ideia de Constituição.

A concretização de uma norma constitucional (sua interpretação)<sup>402</sup> exige a incorporação das circunstâncias da realidade regulada pela norma. Há uma atividade criativa, mas limitada por sua vinculação à norma. Assim, como em Friedrich Müller, há na teoria constitucional de Konrad Hesse,<sup>403</sup> uma distinção entre norma e texto normativo. O programa normativo – texto da norma – acolhe o âmbito normativo, as circunstâncias do mundo social, e, assim, se atualiza e se mostra aberto às modificações sociais, permitindo uma mutação constitucional constante na concretização da norma.<sup>404</sup>

Mas as hipóteses de interpretação são vinculadas às possibilidades da norma – a Constituição escrita “*se convierte en límite infranqueable de la interpretación constitucional*”, há a primazia do texto constitucional.<sup>405</sup> É o programa normativo – o texto da

---

<sup>399</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126.

<sup>400</sup> Conforme a dicção de Georges Burdeau, com a adesão de Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 127) e Anna Cândida da Cunha Ferraz (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. Op. cit., p. 10).

<sup>401</sup> Hesse ressalta a aceitação majoritária do fenômeno da mutação, a partir de argumentos históricos ou de dinâmica constitucional, sem uma explicação concreta sobre o funcionamento e os limites a essas alterações das normas constitucionais (HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. cit., p. 81-84).

<sup>402</sup> Os princípios da interpretação constitucional, segundo Konrad Hesse, são o da unidade da Constituição (que impõe a interpretação de suas normas de maneira que não se contradigam, buscando-se as decisões constitucionais básicas), o da concordância prática (que estabelece que os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser considerados e garantidos nas decisões constitucionais, sem apelo a bens superiores da comunidade não garantidos constitucionalmente), o da correção funcional (que determina que as competências e funções determinadas pela Constituição não podem ser alteradas ou mitigadas pela interpretação), o da eficácia integradora (que obriga a uma leitura que favoreça a unidade política) e o da força normativa da Constituição (Ibid., p. 45-48).

<sup>403</sup> Konrad Hesse assume o método tópico, mas não em toda a sua extensão. A noção de concretização implica a interpretação da norma a partir de um problema concreto. A atuação tópica, no entanto, é orientada e limitada pela norma, o que restringe os argumentos que podem ser colacionados pelo intérprete, sendo-lhe vedado ignorar o programa normativo e as diretrizes constitucionais (Ibid., p. 42-43).

<sup>404</sup> Ibid., p. 41 e 28.

<sup>405</sup> Ou, como apontam Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, analisando o método hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse como adequado para a decisão em colisão de direitos fundamentais, estão ao alcance do intérprete “os elementos concretizantes ofertados pela normativa

norma – que permite ou não que sejam consideradas circunstâncias da realidade que ao se modificarem alteram o conteúdo da norma constitucional. Essa possibilidade de alteração do conteúdo deve ser demonstrada com argumentos extraídos da própria norma jurídica e não a partir de razões vinculadas à força dos fatos ou à necessidade. Permite-se a mutação constitucional, mas se exclui a ruptura constitucional, o seu “*quebrantamiento*”, que leva à reforma do texto, pois estipula um conteúdo incompatível com o texto da norma.<sup>406</sup>

As modificações admitidas pelo âmbito normativo na concretização da norma não podem admitir conteúdos que contrariem as normas, não podem ser aceitas como “realidade constitucional”, ou Constituição realizada. Os limites da mutação constitucional estão na Constituição: na norma escrita e nas funções da Constituição, relacionadas à estabilização, racionalização e estabilização do poder.<sup>407</sup>

Anna Cândida Cunha Ferraz denomina a mudança informal que ofende à Constituição de “mutação inconstitucional”, embora desenvolva o tema a partir da noção de “mutações manifestamente inconstitucionais”, cuja ofensa à Constituição é facilmente perceptível. A autora ressalta que “para que o *espírito* da Constituição seja limite para o intérprete é importante que ele deflua claramente do texto constitucional” e que não se pode congelar a Constituição “a pretexto de respeitar [seu] *espírito*”.<sup>408</sup> Há dificuldade, no entanto, de marcar o que seja “manifestamente inconstitucional”.<sup>409</sup>

Há falseamento da Constituição quando seu texto é afastado sem mudanças regulares no direito constitucional, afirma Maurice Hauriou, que, no entanto, aduz que tais falseamentos “*sólo crean estados de hecho y no estados de derecho; que no modifican el Derecho y que, por lo tanto, es lícito – desde que sea posible – la vuelta a las prescripciones y prerrogativas de la Constitución*”.<sup>410</sup>

Cabem em relação à mutação as considerações feitas em relação aos limites materiais implícitos ao poder de reforma: a mudança da Constituição, ainda que informal, não pode atingir o núcleo da Constituição, seus princípios fundamentais, os princípios constitucionais

---

constitucional” (CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231-243, p. 236).

<sup>406</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. cit., p. 48-49 e 100-102. O texto pode trazer elementos firmes, em relação aos quais não resta espaço para preenchimento com dados da realidade (p. 95).

<sup>407</sup> Ibid., p. 29 e 102.

<sup>408</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. Op. cit., p. 9-10, 58 e 243-251.

<sup>409</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz afirma que as alterações informais manifestamente inconstitucionais produzem deformação constitucional, (a) afetando a aplicação da Constituição em um caso concreto, (b) abrogando ou derogando uma norma constitucional, (c) suspendendo temporariamente a eficácia das normas constitucionais, (d) produzindo rupturas no ordenamento constitucional ou (e) provocando mudança total da Constituição (Ibid., p. 245).

<sup>410</sup> HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Op. cit., p. 331-332.

estruturantes. Assim não fosse e o Poder Judiciário estaria para além da submissão à Constituição.

Ressalta Luís Roberto Barroso que há dois limites para a mutação constitucional: as possibilidades semânticas da norma e a “preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição”.<sup>411</sup> Não se pode concordar com Uadi Lammêgo Bulos, para quem somente há uma limitação subjetiva, a consciência do intérprete, às mutações constitucionais, sendo impossível determinar-lhe outros limites.<sup>412</sup>

Assim o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: a mudança de interpretação “há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional”.<sup>413</sup>

Ainda que seja lógico argumentar nesse sentido, e que essa afirmação decorra do sistema constitucional, não há remédio jurídico para a correção de uma mudança informal da Constituição que não tenha respeitado esses limites quando seu agente é o Poder Judiciário pelo seu órgão de cúpula.<sup>414</sup> A atuação nesse sentido, porém, leva ao desprestígio do papel da Constituição, provocado por quem tem o dever de protegê-la.<sup>415</sup> Ao modificar a Constituição o Poder Judiciário extrapola os poderes que lhe foram confiados pela própria Constituição, apropriando-se da soberania e do poder constituinte.<sup>416</sup>

O desrespeito às normas constitucionais, demonstrado seja pela desconsideração de seu comando normativo seja por alterações constantes de seu texto ou de seu significado, leva ao enfraquecimento da percepção do cidadão em relação à força normativa da Constituição e à debilitação do sentimento constitucional.

A observância das normas jurídicas depende em grande medida da relação de percepções e expectativas dos cidadãos. Para que ela se imponha de maneira usual e faça

---

<sup>411</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 127.

<sup>412</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. Op. cit., p. 91 e 197.

<sup>413</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 230. Os autores, às páginas 1022-1025, tratam do “processo de inconstitucionalização”, pela alteração da interpretação de uma norma constitucional: com a mudança de entendimento, uma regra que era considerada constitucional para a ser vista como contrária à Constituição. Impõe-se, nesses casos, a adoção de uma técnica de decisão que traduza a mudança de valoração.

<sup>414</sup> Há a possibilidade de o poder de reforma da Constituição, mediante a modificação expressa do texto constitucional, reestabelecer o sentido originário da norma. No entanto, além do alto custo político da alteração – com exigência do processo de emenda e de alto grau de consenso – ainda poderia o Supremo Tribunal Federal, provocado, afastar a emenda por inconstitucionalidade.

<sup>415</sup> Para Karl Loewenstein, “*toda constitución debe, por lo menos, tener para su pueblo una validez superior a la del producto diario de sus ruedas legislativas*” e as reformas constitucionais levam a uma depreciação do sentimento constitucional do povo (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 199-200).

<sup>416</sup> Ressalta Sieyès que “a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são *fundamentais*” (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Op. cit., p. 117).

parte da prática cotidiana daqueles formalmente submetidos ao ordenamento jurídico, é necessário que o cidadão perceba que a aplicação da norma é efetiva e que os agentes públicos, bem como os demais cidadãos, respeitam suas determinações.

O sentimento constitucional é formado por esse respeito às determinações constitucionais, e, segundo Karl Loewenstein, é a consciência de que a Constituição estabelece uma ordem a que todos estão submetidos, que transcende os antagonismos e tensões e que exige tanto uma educação constitucional como um contato direto do povo com a Constituição.<sup>417</sup>

Para Pablo Lucas Verdú, o sentimento constitucional se refere à adesão afetiva à ordem constitucional, por uma valoração ética a partir de uma implicação com o texto constitucional. Para que esse sentimento exista e se mantenha, não é necessário um conhecimento técnico e profundo do texto constitucional, mas uma relação de crença e de justiça nas determinações constitucionais.<sup>418</sup>

O que leva um povo a sentir-se albergado na Constituição é sua participação, ainda que mediatizada, na elaboração de seu texto. A Constituição de 1988, por sua gênese, mostra-se capaz de produzir esse sentimento, pela situação constituinte que se estabelece no final da década de 1970 e que se fortalece com a derrota do movimento pela eleição direta para presidente em 1984. Há intensa discussão sobre o que deve estar na Constituição, sobre seus princípios e normas, com organização de espaços de debate e envio de formulários com sugestões aos constituintes, e interferência direta na elaboração do texto, com a apresentação de emendas populares.<sup>419</sup>

Essa Constituição não pode ser afastada por discussões em espaços restritos de sedes partidárias nem reeditada por expertos. Suas escolhas fundamentais devem ser respeitadas pela cidadania e pelos poderes institucionalizados, sob pena de entornar o constitucionalismo e a democracia.

---

<sup>417</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 200-202.

<sup>418</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. principalmente páginas 53 e seguintes. O autor traz um conceito de sentimento constitucional: “adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência” (p. 75).

<sup>419</sup> Sobre o processo constituinte e a participação popular, ver SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Op. cit.

## PARTE II

### PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES DO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO

As regras do jogo eleitoral são essenciais para a configuração de um Estado democrático. Em uma democracia fundamentalmente representativa, a legitimidade do processo de escolha dos representantes condiciona a qualidade da democracia e da representação, embora não a determine. É condição necessária, porém não suficiente.

No Brasil, desde sempre, as regras eleitorais se sucedem rapidamente,<sup>420</sup> sendo alteradas em larga ou pequena escala, em mudanças constantes, sem sistematização, sem coerência.<sup>421</sup> Há muito se discute sobre uma consolidação das leis eleitorais, sem sucesso. A previsão constitucional de lei complementar sobre a organização e competência da Justiça Eleitoral foi precariamente suprida pela recepção do Código Eleitoral, Lei 4.737/65. Esse diploma normativo, que passou pela promulgação de três textos constitucionais, está ainda em vigor, parcialmente como lei complementar, parcialmente como lei ordinária, com alguns dispositivos expressamente revogados e outros cuja aplicação está afastada em face de dispositivo legal posterior em sentido contrário.

As “leis do ano”, elaboradas para regulamentar uma eleição específica – como as Leis 7.773/89, 8.214/91, 8.713/93, 9.100/95 –, deram lugar à Lei 9.504/97, Lei das Eleições, que pretendia dar uma sustentação normativa estável às disputas eleitorais. Essa lei, no entanto, foi alterada pelas Leis 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03, 11.300/06 e 12.034/09. E mais, interpretada e estendida pelas “resoluções” do Tribunal Superior Eleitoral que, com o pretexto

---

<sup>420</sup> Aduz Miguel Reale: “no Brasil o Direito Eleitoral revela alto índice de experiências malogradas, renovando-se medidas ontem consideradas obsoletas, e envelhecendo em poucos meses as mais alvissareiras novidades”. REALE, Miguel. O sistema de representação proporcional e o regime presidencial brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 7, p. 9-44, nov. 1959, p. 24.

<sup>421</sup> Ou, quem sabe, com uma coerência bastante peculiar: manter no poder as elites pela manipulação das normas constitucionais e eleitorais. Orides Mezzaroba faz uma profunda análise das alterações das normas referentes aos partidos políticos, ressaltando seus efeitos danosos à imagem dos partidos políticos junto à sociedade: “As sucessivas manipulações das normas eleitorais geraram cicatrizes profundas no sistema partidário nacional, provocando o seu descrédito. As elites na busca pela manutenção no poder acabaram reproduzindo uma verdadeira cultura antipartidária” (MEZZARROBA, Orides. *O Partido Político no Brasil: teoria, história, legislação*. Joaçaba: UNOESC, 1995, p. 41 e 118). Para David Fleischer e Leonardo Barreto deu-se “*un conjunto de reformas graduales, puntuales, discontinuas y no coordinadas, lo que acabó creando un escenario de gran complejidad institucional y desfavorable al buen funcionamiento y la legitimidad de las instituciones democráticas*” (FLEISCHER, David; BARRETO, Leonardo. Reformas políticas y democracia en Brasil. In: ZOVATTO, Daniel; HENRÍQUEZ, J. Jesús Orozco (Coord.). *Reforma política y electoral en América Latina (1978-2007)*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México e Idea Internacional, 2008, p. 315-352, p. 316). Os autores cometem alguns equívocos em sua análise, como afirmar a inscrição automática de eleitores como reforma política e a verticalização das coligações partidárias como derivada de um consenso político (p. 318-319).

de adaptar a lei à eleição em disputa, acabam por inovar na ordem jurídica, impondo obrigações e restringindo direitos.

Não há lógica na legislação eleitoral.<sup>422</sup> Seus dispositivos mostram-se contraditórios e sua aplicação leva a “situações objetivamente paradoxais”, o que dificulta estabelecer a unidade do Direito Eleitoral.<sup>423</sup>

Fala-se, há 187 anos, em reforma política no Brasil. Há, desde sempre, uma inquietação em relação às regras eleitorais. Sempre se pede uma reforma das instituições e dos sistemas. Em 1872 já se bradava: “Não é possível adiar a reforma eleitoral (...) é uma exigência nacional que há de ser atendida, custe o que custar. (...) A reforma eleitoral é um pregão patriótico e enérgico contra o nosso desmoralizado regime eleitoral”.<sup>424</sup>

Tramitam propostas para alteração das regras eleitorais, propõe-se o voto distrital, a lista fechada, o financiamento público exclusivo das campanhas, a vedação às coligações, a ampliação das causas de inelegibilidade, uma cláusula de desempenho.<sup>425</sup> Enquanto isso, o Tribunal Superior Eleitoral impõe seu entendimento, construindo o Direito Eleitoral a partir das resoluções, criando a verticalização das coligações, a perda de mandato por infidelidade partidária, a inelegibilidade por rejeição de contas de campanha.<sup>426</sup>

E com essa atuação, inserem-se na dinâmica do processo eleitoral institutos e categorias que não se coadunam com os princípios constitucionais eleitorais, com os princípios constitucionais estruturantes e com os valores plasmados na Constituição.<sup>427</sup>

---

<sup>422</sup> Análise presente também em BITENCOURT, Antônio Carlos dos Santos. Três aspectos polêmicos da legislação eleitoral. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 89, p. 157-164, jan./mar. 1989.

<sup>423</sup> SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 56.

<sup>424</sup> Essa citação é da introdução ao livro sobre o sistema eleitoral no Império de Francisco Belisário Soares de Souza, composta pelo editorial do jornal O Diário, quando da veiculação dos capítulos do livro (SOUZA, Francisco Belisário Soares de. *O sistema eleitoral no Império*. Brasília: Senado Federal, 1979 [1872]).

<sup>425</sup> Existe quase um consenso em relação à indispensabilidade da reforma política no Brasil. Em uníssono, vozes de direita e de esquerda, da mídia e da academia, clamam por uma nova estrutura constitucional e eleitoral que permita a estabilidade e a governabilidade, com a certeza de que parte dos problemas brasileiros decorre das instituições políticas (SANTOS, Wanderley Guilherme. *Governabilidade e democracia natural*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 65 e ss). Geraldo Brindeiro afirma que “[o] futuro da nossa democracia, todavia, depende ainda de reformas políticas”, defendendo o voto distrital misto, a cláusula de barreira e a diminuição do número de partidos (BRINDEIRO, Geraldo. A democracia e as reformas políticas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 nov. 2000, A3).

<sup>426</sup> Não parece haver um discernimento entre o institucional como contexto e o institucional como objeto, como aponta Fábio Wanderley Reis (REIS, Fábio Wanderley. Dilemas da democracia no Brasil. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 391-409). Por decisão democrática da maioria ou, ainda pior, por decisão dos membros do Tribunal Superior Eleitoral determina-se a mudança das coisas, da mentalidade política do cidadão, da maneira da formação do voto, da medida da independência do mandatário. O dever-ser não encontra limites naquilo que não é e nem virá a ser, pelo simples fato de que deve ser.

<sup>427</sup> Vale trazer o espanto de Alberto Rollo, ao tratar da verticalização das coligações (que o autor relaciona com o voto vinculado imposto pelo regime militar em 1982, quando o eleitor passou a ter que votar em candidatos do mesmo partido, “em nome do purismo eleitoral da solidificação das ideologias partidárias”) e da fidelidade partidária, criações do Poder Judiciário em matéria eleitoral: “É interessante notar que as situações

O Direito Eleitoral é, no entanto, o que determina o processo de legitimação do poder político, sendo responsável, assim, pela qualidade (formal) da democracia.<sup>428</sup> Sua tarefa primordial é assegurar a presença de todas as ideias políticas na discussão democrática, a partir do acesso livre à disputa eleitoral e da sua igual visibilidade.<sup>429</sup>

Impõe-se evidenciar alguns critérios para a elaboração da legislação eleitoral e para a verificação das decisões judiciais neste âmbito. Esses critérios, certamente, não podem ser construídos livremente, sob pena de apenas se trasladar o lugar do arbítrio. Devem ser extraídos das escolhas constituintes fundamentais, dos princípios constitucionais explícitos e implícitos.

A Constituição é formada por valores, princípios e regras. Alguns de seus princípios se espraiam por todo o ordenamento jurídico. Outros, atuam especificamente em algum setor do Direito. O Direito Eleitoral, como outros ramos do Direito, encontra na Constituição seus princípios estruturantes.

Constituição analítica, o texto de 1988 alberga, além dos princípios fundamentais e gerais, princípios específicos de campos jurídicos. O Direito Eleitoral, como instrumento de realização dos princípios republicano e democrático, também tem princípios próprios consagrados no texto constitucional. Não de maneira explícita, como os princípios da Administração Pública, reunidos pelo constituinte no caput do artigo 37, ou os da ordem econômica, dispostos no artigo 170. Mas as escolhas políticas fundamentais implicam um conjunto de preceitos constitucionais no âmbito eleitoral que condicionam a criação e a aplicação do Direito Eleitoral, trazendo critérios para a sua justificação e racionalização. Esses princípios se complementam, se condicionam, se modificam e se harmonizam, atuando conjugadamente na costura do ordenamento jurídico.<sup>430</sup>

---

eleitorais que no passado eram consideradas medidas ditatoriais, fruto do regime militar acabaram sendo consideradas, em tempos mais recentes como atos de moralização da política”. ROLLO, Alberto. Convenções partidárias e registro de candidatos. In: \_\_\_\_\_. (Org.) *Elegibilidade e inelegibilidade*. Caxias do Sul: Plenum, 2008, p. 15-39, p. 24 e 25.

<sup>428</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 85. Ressalta o autor: “Falhando o direito eleitoral, falha o procedimento legitimador, esmorecem os canais de comunicação entre a ação do Estado e a vontade popular, aparecem as ‘crises políticas’. Bem elaborada o direito eleitoral e suas instituições, serão mais estreitas as distancias que separam o poder da massa dos cidadãos”, p. 87.

<sup>429</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 4.

<sup>430</sup> Inspiração de Romeu Felipe Bacellar Filho, que afirma que “[a]través dos princípios, as normas constitucionais são costuradas umas às outras para formar o ordenamento constitucional”. E segue: “Embora possuam marca distintiva, os princípios atuam conjugadamente, complementando-se, condicionando-se, modificando-se, harmonizando-se em termos recíprocos. Tudo porque assentam-se numa base antropológica comum: a dignidade da pessoa humana” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 129).

Aliás, os princípios de Direito Eleitoral configuram um conteúdo essencial da Constituição.<sup>431</sup> Afirma Karl Loewenstein que a qualificação de Estado de Direito impõe que as regras do processo político – entendido como as técnicas de obtenção, exercício e perda do poder – estejam submetidas à Constituição e, assim, vinculem igualmente os detentores do poder e os cidadãos.<sup>432</sup>

Esse conjunto de regras que estabelece a legitimidade dos governantes no sistema constitucional brasileiro se mostra, inicialmente, por cinco princípios constitucionais estruturantes – o princípio da autenticidade eleitoral, o princípio da liberdade para o exercício do mandato, o princípio da necessária participação das minorias, o princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral e o princípio da legalidade específica em matéria eleitoral. Fundamentos do regime político-eleitoral, esses princípios consubstanciam as decisões constitucionais estruturantes, condicionam a interpretação das demais normas constitucionais e são critérios de validade das leis eleitorais e de justificação das decisões judiciais.

Dos princípios estruturantes do Direito Eleitoral extraem-se regras. Algumas foram expressamente acolhidas pela Constituição. Estão, portanto, fora do alcance do legislador e da “ponderação”<sup>433</sup> do Poder Judiciário. E, se refletem o âmago dos princípios, estão para além do poder de reforma da Constituição.

---

<sup>431</sup> Para Jorge Miranda, o Direito Eleitoral é parte do Direito Constitucional. Assim, “os princípios fundamentais de Direito eleitoral político são princípios constitucionais. Não há princípios de Direito eleitoral político que não sejam também princípios *político-constitucionais*, que não reflitam, directa ou indirectamente, princípios *axiológicos fundamentais* e que não se projectem ainda em princípios *constitucionais instrumentais*” (MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003, p. 18). Em sentido similar, Cármen Lúcia Antunes Rocha: “A forma de exercício da soberania popular e a organização dos poderes públicos, mormente o preenchimento dos cargos políticos por meio de eleição popular, guarda, nitidamente, natureza essencial que a adjetiva fundamental no sistema do Direito” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *A Constituição segundo a lei eleitoral ou a lei eleitoral segundo a Constituição. Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 30, out.1998. Disponível em: [http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo\\_impreso.php?cod\\_texto=54](http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impreso.php?cod_texto=54). Acesso em: 02 fev. 2004).

<sup>432</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976 [1961], p. 163.

<sup>433</sup> Gilberto Amado critica os que afirmam que para governar bem basta ponderação e faz uma crítica, que parece caber também aos juízes ponderadores e seus juristas entusiastas: “O que se chama povo no Brasil, o comerciante, o funcionário, o capitalista, o cidadão que pára na Avenida para conversar e o que fica trabalhando no escritório – todos sinceramente adotam esse ponto de vista: ‘Para governar não precisa talento ou saber. O que é preciso é *ponderação*’, palavra mágica em que se concentram todas as virtudes da mediocridade e que excita no povo brasileiro um entusiasmo tocante, admirável...” (AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999 [1931], p. 148). Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos defendem a ponderação, mas reconhecem a possibilidade de seu mau uso afirmam que “não é remédio para todas as situações”. O controle da sua legitimidade deve dar-se pelo exame da argumentação desenvolvida, que precisa se mostrar consistente por meio de fundamentos normativos, da possibilidade de universalização de seus critérios e de compatibilidade com os princípios instrumentais e materiais que conformam a ordem constitucional (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 327-378, p. 349-354). José Joaquim Gomes Canotilho também alerta para a “acentuada opacidade na distinção dos momentos de *interpretação* e de *ponderação* na jurisprudência constitucional. Entre a *atribuição* de um significado a uma norma e a tomada de *decisão razoável*, os tribunais constitucionais movem-se num

O escopo da regulamentação do processo eleitoral brasileiro é permitir a efetivação dos princípios estruturantes do Estado brasileiro. As normas de Direito Eleitoral vêm, assim, para realizar os princípios democrático, republicano, do Estado de Direito, assegurando legitimidade ao sistema e permitindo o desenvolvimento da autonomia pessoal e política.<sup>434</sup>

Alguns autores apresentam princípios eleitorais em sede constitucional e em âmbito legal. Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira elenca princípios de Direito Eleitoral, mas o faz sem especializá-los.<sup>435</sup> Jair Eduardo Santana e Fábio Guimarães apresentam princípios relacionados às eleições, apontando princípios constitucionais gerais, como a República, o Estado Democrático de Direito, a cidadania e o pluralismo político e princípios específicos. Estes se dividem em princípios atinentes às eleições (princípio da representatividade mais eficiente, relacionado com a adequação do número de representantes, as prerrogativas inerentes à função e ao controle externo da função legislativa e o princípio da periodicidade), princípios atinentes ao ordenamento jurídico eleitoral (princípio da hierarquia das normas eleitorais e princípios hermenêuticos em matéria eleitoral), princípios atinentes aos partidos políticos (da liberdade de organização partidária e da fidelidade partidária), princípios atinentes à propaganda eleitoral (da legalidade, da liberdade, da responsabilidade, da igualdade e do controle jurisdicional) e finalmente princípios atinentes ao Direito Processual Eleitoral (do devido processo legal e da preclusão).<sup>436</sup>

Em relação ao procedimento das eleições, Sivanildo de Araújo Dantas apresenta princípios informativos (lógico, político, jurídico e econômico) e princípios fundamentais. Esses podem ser gerais (da igualdade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da

---

círculo hermenêutico contínuo sem que se distinga entre *interpretação* ou procedimento interpretativo que visa conferir um significado ao enunciado ou disposição da norma e *ponderação* ou *balanço de direitos* e interesses em que se visa elaborar critérios para, em face das condições normativas e factuais, obter uma regra de decisão. Se a interpretação, para utilizarmos uma imagem só tendencialmente correcta, obedece a um paradigma de geometria fixa, o balanceamento procura ser tópico em vez de geométrico” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1, p. 871-887, p. 885-886),

<sup>434</sup> Ainda que seja possível vislumbrar desvios no processo de obtenção do voto, isso, no entanto, não deve levar à tutela do eleitor, tomando-o como um cidadão incapaz.

<sup>435</sup> Assim, após tratar do princípio da anualidade eleitoral (que será analisado neste trabalho), traz o princípio da vedação da restrição de direitos políticos ou da tipicidade eleitoral ou da estrita legalidade eleitoral (que também será objeto de estudo), mas também o do devido processo legal, o da proporcionalidade ou razoabilidade ou proibição de retrocesso, do contraditório, da imparcialidade do juiz, da isonomia, dispositivo, do impulso oficial, da oralidade, da publicidade, da lealdade processual, da economia processual ou da instrumentalidade das formas, da preclusão, da celeridade processual e da identidade física do juiz. Além disso, indica outros princípios da seara eleitoral-penal, como o princípio da individualização das penas, da judicialidade das provas, da fungibilidade recursal, do duplo grau de jurisdição, da publicidade, da oficialidade, da obrigatoriedade da ação penal pública, da indisponibilidade da ação penal pública, da verdade real ou da verdade processual, da presunção da inocência, da ampla defesa e do juiz natural (CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral: Direito Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 2).

<sup>436</sup> SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio. *Direito Eleitoral Resumido*. Belo Horizonte: Inédita, 2000, p. 49-52. Ver também SANTANA, Jair Eduardo, GUIMARÃES, Fábio. *Direito eleitoral: para compreender a dinâmica do poder político*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 48.

transparência, da eficiência, da razoabilidade, da fundamentação, do interesse público, da supremacia do interesse público, da continuidade do procedimento das eleições, da indisponibilidade das atribuições e da oficialidade) e princípios específicos do procedimento das eleições (da especialidade, da anterioridade anual de lei modificadora do procedimento das eleições, da legalidade estrita<sup>437</sup>, da celeridade, da escritura e da gratuidade).<sup>438</sup> Para Francisco de Assis Vieira Sanseverino, os princípios constitucionais autônomos do Direito Eleitoral são o sufrágio universal, o voto direto e secreto, a igualdade do voto, legitimidade e normalidade das eleições, a anterioridade da lei eleitoral e a liberdade de criação e funcionamento dos partidos políticos.<sup>439</sup> Segundo Carlos Eduardo de Oliveira Lula, os princípios constitucionais setoriais atinentes ao Direito Eleitoral são: anualidade, lisura das eleições, aproveitamento do voto, vedação de restrição de direitos políticos, liberdade de propaganda política, liberdade partidária, periodicidade da investidura das funções eleitorais e celeridade.<sup>440</sup> Guilherme de Salles Gonçalves aponta a proteção à fidedignidade e legitimidade do voto, a temporalidade certa, a dupla função típica da Justiça Eleitoral, a igualdade de oportunidades, a ampla liberdade de expressão das ideias políticas, a neutralidade estatal e a unicidade eleitoral.<sup>441</sup>

Não são esses os princípios que se pretendem desenvolver nesse trabalho. Tampouco aqueles que Enrique Alvarez Conde apresenta, ao tratar da legislação eleitoral espanhola: a vedação ao falseamento da vontade popular, a conservação do ato eleitoral e a unidade do ato eleitoral. Para o autor, há uma preeminência do primeiro princípio em relação aos demais pela vigência do princípio democrático, ou seja, “o respeito à vontade do corpo eleitoral, clara e validamente manifestada, deve manter-se em todos os trâmites e momentos do processo eleitoral”, ainda que presentes algumas leves irregularidades que não interfiram no resultado da eleição.<sup>442</sup> Não se confundem, ainda, com os princípios constitucionais de Direito Eleitoral apontados por Jorge Miranda, divididos em princípios substanciais ou relativos aos eleitores – universalidade, igualdade, individualidade, pessoalidade, liberdade e imediaticidade – e

---

<sup>437</sup> A contribuição do autor em relação a esses dois últimos princípios será trazida quando do tratamento dos temas respectivos.

<sup>438</sup> DANTAS, Sivanildo de Araújo. *Direito eleitoral: teoria e prática do procedimento das eleições brasileiras*. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 210-220.

<sup>439</sup> SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos*. Op. cit., p. 3.

<sup>440</sup> LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme: Imperium, 2008, p. 78-103.

<sup>441</sup> GONÇALVES, Guilherme de Salles. A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o ‘dever’ de respeito às posturas municipais. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luis (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 205-241.

<sup>442</sup> CONDE, Enrique Alvarez. Los principios del derecho electoral. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 9, p. 9-37, may./ago. 1991.

princípios objetivos ou relacionados com a organização do poder político e aos procedimentos – periodicidade, liberdade, igualdade, imparcialidade de entidades públicas, participação na administração eleitoral, relevância específica dos partidos políticos, proporcionalidade, estabilidade da lei eleitoral e jurisdicionalidade.<sup>443</sup>

Os princípios aqui analisados derivam das decisões fundamentais plasmadas na Constituição brasileira de 1988 e estão para além do poder de reforma. São princípios estruturantes, que se referem à concepção de um Estado Democrático de Direito e que se traduzem nos vínculos decorrentes do princípio de legitimação do exercício do poder político: o consentimento do povo, mediante eleições.

Ressalte-se que a disputa eleitoral, objeto dos princípios que serão desenvolvidos, dá-se na esfera pública e tem como escopo concretizar os princípios democrático e republicano. O regime jurídico aplicado a ela, por essas características, escapa da configuração privatista, relacionada à autonomia da vontade e à liberdade ampla. O interesse público<sup>444</sup> na lisura do processo eleitoral é corolário dos princípios fundamentais referidos e se evidencia pelo tratamento constitucional dado ao tema e por propriedades da legislação eleitoral, como a que determina ação penal pública para todos os crimes eleitorais, revelando a coletividade como sujeito passivo das condutas ofensivas à lhanura do pleito.

Esses princípios devem ser observados quando da avaliação e modificação da legislação eleitoral, bem como quando da tomada de decisões judiciais em questões eleitorais. Por força do modelo brasileiro de verificação de poderes, a Justiça Eleitoral tem um papel primordial na garantia da qualidade da democracia brasileira, atuando como efetivadora dos princípios constitucionais.

Isso não quer dizer, no entanto, que se defende o esvaziamento da esfera política, a judicialização da política. Para Boaventura de Sousa Santos “[h]á judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política”.<sup>445</sup> E os constantes recursos à Justiça Eleitoral pelos vencidos nas urnas podem refletir o que Gilberto Amado chama de “pouco respeito que se tem pelo voto”.<sup>446</sup>

---

<sup>443</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III – Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Op. cit., p. 29-30.

<sup>444</sup> Para uma visão do conceito de interesse público ver GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, capítulo VI.

<sup>445</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A judicialização da Política*. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>. Acesso em: 10 dez. 2009.

<sup>446</sup> “Nada esclarece mais ainda esse ponto do que o pouco respeito que se tem pelo voto; o vencido nas urnas não se considera vencido e trata por todos os meios de disputar ao vencedor as vantagens da vitória. Daí a luta do reconhecimento de poderes” (AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Op. cit., p. 44).

## 1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AUTENTICIDADE ELEITORAL

O Estado brasileiro pauta-se pelos princípios republicano e democrático. A efetivação de parte desses princípios se dá pela formação da vontade política do Estado, a partir da decisão direta do povo ou pela formação de um corpo representativo para a construção dessa vontade.

A genuinidade, a sinceridade da democracia<sup>447</sup> exige um conjunto de direitos, liberdades e garantias que permita a formação da vontade política sem vícios e sem distorções. A liberdade de expressão, o acesso dos cidadãos aos poderes públicos, os princípios da Administração Pública, ao lado dos demais princípios fundamentais, fazem parte desse arcabouço que forma a estrutura do Estado de Direito.

A autenticidade eleitoral também é um componente dessa exigência. Na formação dos Parlamentos e na indicação democrática do chefe do Poder Executivo, os procedimentos devem ser amparados em garantias de igualdade e de liberdade, sob pena de ilegitimidade do sistema representativo.<sup>448</sup> Eleições livres, essenciais para uma democracia, são “*aquellas en que a cada elector se le ofrece la oportunidad – una oportunidad igual – de expresar su parecer a la luz de la opinión y sentir propios*” – e somente são possíveis em sociedades livres, ressalta W. J. M. Mackenzie.<sup>449</sup>

Lauro Barreto aponta como condições para a lisura das eleições a livre formação da vontade do eleitor e a igualdade de oportunidades entre os candidatos.<sup>450</sup> Ainda que se saiba que não é apenas garantindo a livre formação do voto, a correta apuração dos votos e a fidedignidade da representação que se assevera a verdade eleitoral, não se concorda com Gilberto Amado, para quem “[à]s vezes, quanto mais verdadeira a eleição, mais corrupta ela

---

<sup>447</sup> É o *standard* do *free and fair election*, como afirma Monica Herman Salem Caggiano (CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. Barueri: Manole, 2004, p. 80).

<sup>448</sup> “*Genuine democratic elections are an expression of sovereignty, which belongs to the people of a country, the free expression of whose will provides the basis for the authority and legitimacy of government*” (UNITED NATIONS. *Declaration of principles for international election observation and code of conduct for international election observers*. New York: United Nations, 2005).

<sup>449</sup> MACKENZIE, W. J. M. *Elecciones libres*. Madrid: Editorial Tecnos, 1962 [1958], p. 175 e 158. Para o autor, há quatro tipos de “*patología electoral*”: eleições confusas (sem partidos coerentes), eleições compradas (determinadas por benefícios particulares ou parciais), eleições preparadas (pela influência da administração eleitoral ou pela delimitação tendenciosa dos distritos eleitorais) e eleições por aclamação (p. 185-191). Já em Sieyès a validade da formação do corpo representativo está relacionada à eleição livre e geral (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Que é o terceiro estado? Tradução: Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986 [1789], p. 109).

<sup>450</sup> BARRETO, Lauro. *Escrúpulo e poder: o abuso de poder nas eleições brasileiras*. Bauru: Edipro, 1995, p. 11.

é, mais contrária ao espírito de representação, à finalidade da democracia”.<sup>451</sup> Para o autor, a noção de democracia está ligada à escolha dos melhores e seus vícios se revelam quando o povo falha nessa seleção.

Como já demonstrado, a ideia de democracia assumida pela Constituição de 1988 é mais ambiciosa e inclui a autenticidade eleitoral entre os seus elementos. Dessa forma, impõe-se a coibição dos desvios no processo democrático.

Os fatores que devem ser considerados relevantes na disputa eleitoral são os programas políticos e as qualidades dos líderes, conforme aponta Óscar Sánchez Muñoz. Os fatores irrelevantes – recursos econômicos dos competidores, seu acesso aos meios de comunicação de massa e o exercício de cargo ou função pública por algum deles<sup>452</sup> – não podem fazer diferença, devendo sua influência ser controlada para garantir a autenticidade eleitoral. Assim, impõe-se a coibição dos abusos na disputa.<sup>453</sup>

Não se pode, no entanto, afirmar a existência de uma autenticidade eleitoral em sentido amplo, denso. Não há como mensurar os interesses do cidadão no momento de formação e manifestação do voto, não há como relacionar a escolha a um conjunto de propostas mais ou menos apresentadas por um partido ou por um candidato, não há como garantir que as escolhas, se conscientes, mantêm-se durante todo o período do mandato do representante.<sup>454</sup>

Não se trata de investigar o significado do voto, se é opção política de assentimento a determinado programa partidário ou se é a expressão do “*sentimiento de confianza y de adhesión de hombre a hombre*”.<sup>455</sup> No entanto, a legitimidade da disputa eleitoral deve ser garantida com a proteção (inclusive na esfera penal) contra determinadas condutas em defesa dos direitos subjetivos do eleitor e por meio de princípios objetivos constitucionais que

---

<sup>451</sup> AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Op. cit., p. 29.

<sup>452</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 349-350.

<sup>453</sup> Afirma Vera Maria Nunes Michels que “para garantir a genuína representação política em sua autenticidade substancial, há necessidade de contenção contra qualquer tipo de poder, quer seja ele político, econômico, cultural ou social (...)” (MICHELIS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral: análise panorâmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 143).

<sup>454</sup> Conforme George Jellinek: “*El problema de un sistema electoral justo y adecuado no tiene solución. Además, nunca se puede decir con certeza del acto de votar lo que el votante piensa y quiere políticamente. La elección de una persona determinada puede darse por motivos más diversos y de ninguna manera significa la aceptación de un programa determinado en cuanto tal. Además, las elecciones se producen en períodos largos y aunque se dieran en períodos cortos no hay garantía de que en el intervalo entre las votaciones el voto del elector sea el mismo de modo que coincida su expresión con los actos de los representantes. Por lo tanto, examinando las cosas a fondo, encontramos que ninguna institución política se basa tanto en ficciones e ideales que no corresponden a la realidad como la representación nacional*”. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução: Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 74.

<sup>455</sup> HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Tradução: Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927, p. 496-497.

reflitam os valores democráticos do sistema, relacionando-se com a dupla concepção de sufrágio: direito e função pública.<sup>456</sup>

Os dois pontos cruciais na autenticidade eleitoral partem da configuração democrática constitucional: a liberdade do voto e a igualdade do voto.

As nódoas na liberdade do voto se revelam por vícios na sua formação, seja de maneira direta – por coação, fraude, corrupção, compra de votos –, seja de maneira indireta, por restrições ou favorecimentos a determinados discursos políticos ou por tratamento diferenciado a partidos e candidatos. A liberdade do voto se reflete na regra do voto secreto, que constitui cláusula pétrea, núcleo duro do sistema constitucional. O segredo do voto constitui direito fundamental, que se espraia para além da esfera subjetiva, informando o princípio democrático.<sup>457</sup>

A igualdade do voto reflete o ideal republicano e o tratamento com igual respeito e consideração exigido pela concepção dworkiana de democracia. A imposição de igualdade não se contenta com a previsão do voto singular – *uma pessoa, um voto* –, mas requer outras garantias de igual possibilidade de participação nas decisões políticas.

Ronald Dworkin trabalha com duas dimensões da igualdade de poder político: a vertical, que coteja o poder dos cidadãos e o dos titulares de cargos públicos, e a horizontal, na qual a comparação se dá entre os cidadãos particulares ou grupos entre si. Além disso, fala em igualdade de impacto (participação efetiva na decisão por si só) e de influência (capacidade de guiar ou induzir a participação alheia).

Para que a igualdade seja real, é necessária, além da previsão do mesmo peso para o voto dos cidadãos, a garantia de liberdade de expressão e de associação. A igualdade de influência, no entanto, não pode atingir diferenças relacionadas ao carisma, à reputação e ao preparo, sob pena de sacrifício do ideal republicano em nome da instrumentalização do poder político.<sup>458</sup> Os excessos relacionados a outras formas de desigualdade – econômica, principalmente – parecem, no entanto, inconcebíveis em uma democracia autêntica.

Gilmar Mendes ressalta a necessidade de alternativas para que a escolha do eleitor seja livre e opções que se mostrem com as mesmas oportunidades na disputa eleitoral. Além disso,

---

<sup>456</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 44-45.

<sup>457</sup> Para Jorge Reis Novais, o direito ao segredo do voto “tem uma função de protecção da esfera de privacidade e liberdade do indivíduo, mas desempenha também um papel decisivo no processo da escolha e decisão democráticas, enquanto exigência da genuinidade da vontade livremente expressa do voto”. Ressalta ainda que a renúncia coletiva ao sigilo do voto leva à distorção das regras democráticas, perturbando o sistema e configurando um potencial fator de coação naquele pleito e nos seguintes (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 241-242).

<sup>458</sup> DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Tradução: Julio Montero y Alfredo Stolarz. Buenos Aires: La isla de la luna, 2003 [1980/1990], p. 54-59.

afirma que a igualdade de voto não se esgota na igualdade de valor: deve se refletir também na igualdade quanto ao resultado, o que é abrigado em um sistema proporcional.<sup>459</sup>

A autenticidade eleitoral está relacionada à definição do corpo eleitoral – quem é admitido a votar. A Constituição traz o recorte dos direitos políticos. Estão excluídos os menores de 16 anos, os estrangeiros, os que estão com os direitos políticos suspensos ou não os têm.<sup>460</sup> Os conscritos não podem se alistar como eleitores; se alistados anteriormente, não podem votar. Para Maurice Duverger, isso representa uma negação da cidadania completa a uma parcela da população e que, em face da obrigatoriedade do serviço militar, esse “sistema tem como consequência atrasar a maioria eleitoral e adquire, de facto, um significado conservador”.<sup>461</sup>

O princípio constitucional da autenticidade eleitoral impõe ainda um sistema de verificação de poderes,<sup>462</sup> para averiguar da lisura e da legalidade das eleições, as condições de elegibilidade dos candidatos e da suficiência dos votos recebidos.

A verificação de poderes pode dar-se pelo Parlamento, por um órgão de composição mista e pelo Poder Judiciário. O Brasil não experimentou o segundo sistema, vigente na França; adotou o primeiro modelo desde o Império até 1932 e durante o Estado Novo e tem a Justiça Eleitoral como órgão competente para a verificação de poderes desde então.

No Brasil, as Constituições de 1824<sup>463</sup> e 1891<sup>464</sup> prevêm a verificação do poderes pelo Parlamento. Nesse modelo, cada casa parlamentar é o juiz dos poderes dos seus membros, marcando uma autonomia do Poder Legislativo. No Império e nas primeiras décadas republicanas, no entanto, a verificação de poderes pelas casas legislativas permite um desvirtuamento da representação, com o não reconhecimento de eleitos.

---

<sup>459</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 734.

<sup>460</sup> Art. 15. “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”

<sup>461</sup> DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos: Instituições Políticas e Direito Constitucional* – I. Tradução: Fernando Ruiivo e Fernando Augusto Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1985 [1980], p. 88.

<sup>462</sup> Nelson de Sousa Sampaio aponta que a denominação “verificação de poderes” deriva da necessidade na representação medieval de verificar as instruções dadas ao mandatário. Apesar do afastamento do mandato imperativo, “as expressões ‘verificação de poderes’ e ‘mandato’ sobreviveram até hoje no dicionário político” (SAMPAIO, Nelson de Sousa. A justiça eleitoral. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 34, p. 111-153, jul. 1972, p. 121).

<sup>463</sup> Título 4º – Do Poder Legislativo, Capítulo I – Dos ramos do Poder Legislativo, e suas atribuições. Art. 21. “A nomeação dos respectivos Presidentes, Vice Presidentes, e Secretarios das Camaras, verificação dos poderes dos seus Membros, Juramento, e sua policia interior, se executará na fôrma dos seus Regimentos”.

<sup>464</sup> Seção I – Do Poder Legislativo, Capítulo I – Disposições gerais. “Art. 18. Parágrafo único - A cada uma das Câmaras compete: - verificar e reconhecer os poderes de seus membros”. O Congresso Nacional, por força do artigo 47, faz a apuração dos votos para Presidente e Vice-Presidente da República e, em caso de nenhum candidato alcançar a maioria absoluta dos votos, elege entre os dois mais votados.

Esse sistema é adotado atualmente na Argentina, na Itália, na Noruega e no México.<sup>465</sup> A Constituição da Nação Argentina determina que cada câmara é competente para verificar a validade das eleições, direitos e títulos dos seus membros.<sup>466</sup> Há previsão de atuação de juízes federais como juízes eleitorais que recebem o pedido de registro de candidatos e analisam o preenchimento das condições de elegibilidade.<sup>467</sup>

A Constituição Italiana, de igual forma, atribui a cada Câmara a verificação dos poderes de seus membros.<sup>468</sup> O Presidente da República é eleito pelo Parlamento, em sessão conjunta do Senado e da Câmara de Deputados (art. 83). Monarquia parlamentar, a Noruega adota a verificação dos poderes pelos órgãos legislativos.<sup>469</sup>

Na Alemanha, sob a vigência da Constituição de Weimar, há a previsão de um Tribunal de Verificação Eleitoral, que atua junto à Assembleia Nacional e é composto por membros da Assembleia e membros do Tribunal Administrativo da República, com a atribuição de verificar os poderes e decidir questões sobre a perda de mandato.<sup>470</sup> Na Lei Fundamental a questão é remetida à lei e hoje se manifesta por procedimentos judiciais, com previsão de recurso para o Tribunal Constitucional.

A França adota, sob a Constituição de 1958, a verificação de poderes pelo Conselho Constitucional, formado por nove membros – três indicados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado – com mandato

---

<sup>465</sup> Sua adoção se relaciona com a soberania do Parlamento, que não aceita o controle da eleição dos seus membros por um juiz. Maurice Duverger afirma: “O processo garante os eleitos contra qualquer ingerência governamental; mas de modo nenhum os protege dos seus adversários políticos. Em geral, as assembleias preocupam-se menos com a justiça do que com as suas preferências políticas, em matéria de contencioso eleitoral; elas ‘validam’ sem dificuldades os deputados da maioria, e esforçam-se, pelo contrário, por invalidar os outros” (DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos*. Op. cit., p. 96-97).

<sup>466</sup> “Artículo 64 - Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez. Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá.”

<sup>467</sup> Código Electoral Nacional, art. 42 a 47 e 60 e 61.

<sup>468</sup> “Art. 66. Ciascuna camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità.”

<sup>469</sup> “Article 64. The representatives elected shall be furnished with credentials, the validity of which shall be adjudged by the Storting.”

<sup>470</sup> “Article 31. At Reichstag an Election Investigation Court will be established. It will decide if a representative has lost his mandate. The Election Investigation Court will be composed of members of the Reichstag, elected for the actual term, and by members of the Reich Administration Court, appointed by the Reich President at the suggestion of the Reich Administration Court board. The Election Investigation Court will decide based on a public, oral session held by three members of the Reichstag and two noble members. Outside of the procedures in the Election Investigation Court, the matter will be handled by a Reich Commissioner, appointed by the Reich President. Further, the procedure will be regulated by the Election Investigation Court.”

de nove anos, renováveis por um terço a cada três anos, e mais os ex-Presidentes da República, que têm assento vitalício.<sup>471</sup>

No Brasil em 1932 há a criação da Justiça Eleitoral para desempenhar a tarefa de verificação de poderes,<sup>472</sup> assumindo também a atribuição da organização do eleitorado e das eleições.<sup>473</sup> Para Carlos Mário da Silva Velloso, a Justiça Eleitoral vem para afastar a “mentira eleitoral” que reinava no Império e na República Velha.<sup>474</sup> Mais do que a adoção de um método jurisdicional e o envolvimento de magistrados na organização do eleitorado e das eleições, impõem-se regras processuais, garantias aos julgadores dos feitos eleitorais e uma estrutura de caráter permanente. Seu quadro de juízes, no entanto, é formado por magistrados de outros ramos do Poder Judiciário que exercem temporariamente suas funções.

Criada pelo Decreto 21.076 de 24 de fevereiro de 1932, primeiro Código Eleitoral brasileiro, à Justiça Eleitoral são atribuídas “funções contenciosas e administrativas”. A Constituição de 1934 traz como órgãos do Poder Judiciário os juízes e tribunais eleitorais, com competência para organizar as eleições, julgar as lides eleitorais, resolver sobre arguições de inelegibilidade e incompatibilidade e apurar os votos e proclamar os eleitos. Sua estrutura e competência se mantêm nas cartas seguintes (com exceção da Constituição de 1937, em que não é prevista), sempre sem juízes próprios.

Para Nelson de Sousa Sampaio, a renovação frequente do corpo de magistrados eleitorais se justifica pela natureza política de sua matéria, impedindo “a deformação partidária” e libertando os juízes de pressões políticas. Para o autor, essas vantagens superam a falta de especialização dos julgadores.<sup>475</sup>

O protagonismo da Justiça Eleitoral na defesa da autenticidade eleitoral deve ser visto com reservas. O afastamento imediato de candidatos ao pleito ou de mandatários, que ainda

---

<sup>471</sup> “Article 58. Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l’élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin. Article 59. Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l’élection des députés et des sénateurs. Article 60. Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats.”

<sup>472</sup> Victor Nunes Leal traz o depoimento de João Cabral, relator da subcomissão legislativa que trabalhou no anteprojeto do Código Eleitoral de 1932: “Aspiração geral tornou-se no Brasil o arrancar-se o processo eleitoral, ao mesmo tempo, do arbítrio dos governos e da influência conspurcadora do caciquismo local. Olhando o exemplo da evolução de tal processo entre outros povos civilizados e nós mesmos, a opinião geral manifestava-se pela entrega do mesmo ao Judiciário Federal, como fêz a Argentina, ou a uma especial magistratura, como é o caso do Uruguai” (LEAL, Victor Nunes. Funções normativas de órgãos judiciários. In: \_\_\_\_\_. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960 [1946], p. 179-222, p. 179-222, p. 218).

<sup>473</sup> Essa função administrativa parece ser a mais capaz de garantir eleições livres. No dizer de W. J. M. Mackenzie, “la organización eficiente de las elecciones libres presupone una tradición de funcionarios públicos independientes en su esfera profesional” (MACKENZIE, W. J. M. *Elecciones libres*. Op. cit., p. 165).

<sup>474</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO Carlos Mário da Silva (Coords.). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 11-30, p. 14.

<sup>475</sup> SAMPAIO, Nelson de Sousa. *A justiça eleitoral*. Op. cit., p. 131.

passarão pelo crivo popular ou que obtiveram o apoio da população, deve ser feito com muita cautela, sob pena de esvaziar a disputa eleitoral. Corre-se o risco, ainda, de afastar o cidadão do debate eleitoral, a partir de uma excessiva tutela ou de uma desconsideração total de suas escolhas.<sup>476</sup>

Não deriva do texto constitucional uma alegada “missão” da Justiça Eleitoral na orientação do povo, “para obter votos com qualidade, com responsabilidade” e desconsiderando os “votos que formem rejeitos à pureza do regime representativo”. Os juízes e tribunais eleitorais não são talhados para dar conta da deficiência do processo político da escolha e da fragilidade dos partidos.<sup>477</sup> Nem à Justiça Eleitoral deveria ser atribuída mais uma função: a organização de cursos de formação cívica em todo o território nacional.<sup>478</sup> Conforme Arthur Rollo, os valores que a Justiça Eleitoral deve garantir são a *pars conditio* (a igualdade entre os candidatos) e o respeito à vontade do eleitor.<sup>479</sup> Isso e nada mais.

O papel da Justiça Eleitoral, como o das regras eleitorais, é garantir ao povo, titular da soberania, que o processo institucional eleitoral ocorra legítima e validamente.<sup>480</sup> Para Olivar Coneglian, a Justiça Eleitoral tem sido “a ponta de lança da democracia, o organismo em que o político, o eleitor, a Nação toda têm colocado sua confiança, para que as eleições sejam limpas, e os seus resultados sejam aqueles que o povo escolheu”.<sup>481</sup> Talvez em sua função administrativa, mas certamente não em relação ao cumprimento de seu mister jurisdicional.

Vale, finalmente, ressaltar o acesso à Justiça Eleitoral como elemento da autenticidade eleitoral. Ainda que não haja obstáculos de natureza econômica, tendo em vista a gratuidade de todos os atos processuais relacionados à defesa do regime democrático e dos direitos políticos, a leitura sobre os legitimados ativos para a propositura das ações eleitorais estabelece limites marcantes.

---

<sup>476</sup> Óscar Sánchez Muñoz afirma que “*la legislación electoral no puede tomar como punto de referencia el ideal de hombre libre y autodeterminado, sino que debe basarse en la cruda realidad del elector manipulable*” (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 58).

<sup>477</sup> José Tarcízio de Almeida Melo defende essa missão, afirmando ainda que os juízes eleitorais não devem “reconhecer o valor do voto quando este tiver beneficiário que seja conhecido publicamente como de passado indecente” (MELO, José Tarcízio de Almeida. *Questões polêmicas na Justiça Eleitoral: fidelidade partidária, direitos das coligações, duplicidade de filiação, propaganda extemporânea e vida pregressa desabonadora*. *Revista de doutrina e jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, p. 11-34, 2008, p. 30 e 34).

<sup>478</sup> Como sugere Celso Antônio Bandeira de Mello. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Representatividade e democracia*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coords.). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 41-53, p. 48.

<sup>479</sup> ROLLO, Arthur. *A jurisdição eleitoral*. *Semestre eleitoral* [Tribunal Regional Eleitoral da Bahia], Salvador, v. 9, n. 1/2, p. 33-40, jan./dez. 2005, p. 35.

<sup>480</sup> JARDIM, Torquato. *Processo e Justiça Eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 119, p. 25-46, jul./set. 1993, p. 46. Para o autor, “[a] ausência dessa certeza fere de morte a República”.

<sup>481</sup> CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 55.

Em relação a determinadas ações – como a impugnação de registro de candidatos, as representações, a ação de investigação judicial eleitoral e o recurso contra a diplomação –, a legislação faz um recorte e restringe a apresentação da demanda apenas aos partidos políticos ou coligações e aos candidatos. Ao Ministério Público eleitoral reconhece-se a legitimidade ativa por força de suas funções constitucionais. No caso da ação de impugnação de mandato eletivo, prevista apenas no texto constitucional, a restrição é feita pelo Tribunal Superior Eleitoral, ao estabelecer em resolução a aplicação do rito previsto na Lei Complementar 64/90, que não inclui o eleitor entre os legitimados. Também o faz em uma ação completamente criada por resolução, sem qualquer fundamento constitucional ou legal: a ação de decretação por perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa.<sup>482</sup>

A legislação e com mais ênfase a jurisprudência eleitoral brasileira determina uma “introversão”<sup>483</sup> da legitimidade processual eleitoral, negando ao cidadão a propositura de demandas na esfera eleitoral. Essa “invisibilização” do eleitor em relação às ações eleitorais se apresenta através de uma constatação: o “mero eleitor” não tem interesse jurídico na propositura de demandas que buscam garantir a autenticidade eleitoral.<sup>484</sup> E esse efeito de um discurso jurídico, pretensamente neutro e imparcial, é sutil e eficaz no desaparecimento de uma pretensão legítima, afastando o eleitor do acesso à justiça.

---

<sup>482</sup> A representação está prevista na Lei 9.504/97, artigo 96. As ações de impugnação de registro de candidato e de investigação judicial eleitoral constam da Lei Complementar 64/90, respectivamente nos artigos 3º e 20. A ação de impugnação de mandato eletivo tem sede constitucional junto ao parágrafo 10 do artigo 14 e seu rito – o mesmo da ação de impugnação de registro de candidato – é estabelecido pela Resolução 21.634 de 19 de fevereiro de 2004. A ação de decretação de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa nasce, ao arrepio da lei, com a Resolução 22.610 de 25 de outubro de 2007.

<sup>483</sup> José Joaquim Gomes Canotilho se refere à “introversão” da legitimidade processual constitucional, afirmando que a previsão de que apenas “órgãos constitucionais” para propor ações de controle de constitucionalidade revela uma visão de mundo em que ainda vige a separação Estado-sociedade e se compreende o direito objetivo apenas sob o aspecto estatal. A isso se relaciona ainda uma “mentalidade ‘justicialista’”, que vê a interpretação da Constituição aberta apenas aos juízes (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva*. Op. cit., p. 880).

<sup>484</sup> Assim a decisão no acórdão 1251, julgado em 30 de novembro de 2006, de relatoria do Ministro Cesar Rocha. A ementa está assim redigida: “REPRESENTAÇÃO. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ELEITOR. ILEGITIMIDADE DE PARTE. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AGRAVO REGIMENTAL. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À CONSTITUIÇÃO. DESPROVIMENTO. Possuem legitimidade para o ajuizamento de representação visando a abertura de investigação judicial eleitoral apenas os entes arrolados no art. 22 da Lei Complementar no 64/90, entre os quais não figura o mero eleitor, conforme a reiterada jurisprudência do TSE. O direito de petição consagrado no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição, embora sendo matriz do direito de ação, com ele não se confunde, encontrando este último regulação específica na legislação infraconstitucional, daí decorrendo não poder ser exercido de forma incondicionada. Não infirmados os fundamentos da decisão, impõe-se o desprovimento do agravo regimental”. Vera Maria Nunes Michels é crítica em relação à exclusão do eleitor como legitimado para propor investigação judicial, afirmando que essa postura “não se coaduna com as idéias de democracia participativa” (MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral: análise panorâmica*. Op. cit., p. 155).

## 1.1 A “AUTENTICIDADE” DO VOTO

A “autenticidade” do voto deve ser entendida de maneira fraca, não atingindo sua significação de pureza, de genuinidade, em face do desenho constitucional da democracia brasileira.

A partir da concepção de democracia já explicitada, a autenticidade do voto não pode estar vinculada a um modelo de cidadão padrão que forme a sua vontade eleitoral tendo por exclusivo fundamento o interesse público. Não que isso não seja desejável: ao contrário, o é, além de ser uma decorrência do ideal republicano. Isso não pode chegar a determinar, no entanto, a invalidade ou a ilegitimidade do voto baseado em preferências pessoais, sob pena de imposição de uma concepção perfeccionista ao indivíduo. Não se pode exigir do eleitor, uma decisão “racional em relação a fins”.<sup>485</sup> Essa possibilidade de formação do voto – e, portanto, indiretamente de formação da vontade política a partir de concepções individuais – não elide, contudo, a responsabilidade do membro da comunidade política pela decisão coletiva formada, ou, mediamente, pela formação dos órgãos representativos.

Ao apontar o tratamento desigual dos candidatos pelos eleitores, Bernard Manin afirma que a democracia não exige que os eleitores adotem “*estándares imparciales*” para a escolha de seus candidatos. Podem decidir pelo mais competente ou honesto, mas também podem dirigir sua decisão a partir de características individuais, cuja valoração não precisa ser necessariamente compartilhada pelos demais eleitores. O eleitor não é chamado a justificar suas preferências e atua como um governante absoluto – “*sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas*”.<sup>486</sup>

Hanna Pitkin aponta a impossibilidade de tradução adequada das motivações do eleitorado. Para a autora, a manifestação eleitoral acaba sempre por incorporar elementos de reflexão sobre problemas e políticas, ainda que os indivíduos (parte deles) possam determinar

---

<sup>485</sup> “*Actúa racionalmente con arreglo a fines quien oriente su acción por el fin, medio y consecuencias implicadas en ella y para lo cual sopesa racionalmente los medios con los fines, los fines con las consecuencias implicadas y los diferentes fines posibles entre sí*” (WEBER, Max. *Economía y sociedad*. 2. ed. Tradução: José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1964 [1922], p. 31). Essa atuação racional exigiria um alto grau de evidência e uma racionalização causal. E, ainda: “Quanto mais ‘livre’, isto é, quanto mais a ‘decisão’ do agente for tomada com base apenas em ‘ponderações’ próprias, não pressionadas por ‘coação externa’, nem por ‘paixões’ irresistíveis, tanto mais a adapta, ceteris paribus, às categorias ‘fim’ e ‘meios’” (WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. Tradução: Augustin Wernet. São Paulo: Cortez, 1992 [1924], v. 1, p. 94 e 97). Ainda que a legislação eleitoral possa se ocupar do afastamento da “coação externa”, jamais dará conta das “paixões”.

<sup>486</sup> Manin assim traduz a expressão latina: “*así quiero, así ordeno, mi voluntad ocupa el lugar de la razón*” (MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Tradução: Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1998 [1995], p. 170).

seu voto sem uma referência direta a eles. O sistema implica um grau de racionalidade na escolha.<sup>487</sup>

Pierre Bourdieu aponta que a consistência da decisão eleitoral exige que “as pessoas tenham os meios de produção das opiniões; será preciso, então, dar-lhes o meio de apropriar-se deles. Isto quer dizer que desde a escola primária será preciso dar uma verdadeira educação política”.<sup>488</sup> Isso, certamente, traria mais autenticidade eleitoral.

Mas os argumentos racionais e as inclinações afetivas sem dúvida combinam-se para a escolha do representante.<sup>489</sup> Ainda que o peso do carisma seja mais evidente na eleição do chefe do Poder Executivo, também exerce um importante papel na definição dos membros do Parlamento. Essa combinação – ou ainda a predominância de critérios não-rationais – não invalida a manifestação do eleitor. O que macula a formação de vontade é a existência de vícios.

Uma concepção perfeccionista, que admite a autenticidade do voto a partir da consciência política e de um espírito coletivo, abre espaço para discursos elitistas, que normalmente vinculam a “consistência ideológica do voto” à posição social do eleitor.<sup>490</sup> A liberdade na escolha de representantes deve ser preservada, pois é “a concretização mais vigorosa da liberdade de manifestação do pensamento”.<sup>491</sup> Garante-se a liberdade pela ausência de coações, pela inexistência de intimidações, subornos, castigos ou recompensas.<sup>492</sup> Para Óscar Sánchez Muñoz, a imposição de condições materiais à decisão do eleitor seria uma

---

<sup>487</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 224. Sobre a teoria da escolha racional, ver DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução: Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999 [1957].

<sup>488</sup> BOURDIEU, Pierre. A opinião pública não existe. In: THIOLENT, Michel. *Crítica Metodológica, investigação social e enquete operária*. São Paulo: Polis, 1981, p. 137-151, p. 137-151. No entanto, aponta W. J. M. Mackenzie que “*sigue siendo una utopía el que el individuo ilustrado decida racionalmente ante las urnas, tras haber considerado toda la información disponible, entre personas o cuestiones que se hayan puesto en su conocimiento*” (MACKENZIE, W. J. M. *Elecciones libres*. Op. cit., p. 159).

<sup>489</sup> Maurice Duverger aponta que “os eleitores nem sempre têm comportamentos racionais. A representação assenta muitas vezes numa identificação mais ou menos mítica e inconsciente. Ao lado dos comportamentos de identificação existem, aliás, comportamentos eleitorais de rejeição. Por outro lado, a eleição não consiste apenas na designação de representantes (ou na distribuição de “papéis” sociais): é também um ritual, uma cerimônia, uma festa” (DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos: Instituições Políticas e Direito Constitucional*. Op. cit., p. 66).

<sup>490</sup> Em estudo sobre o eleitorado brasileiro, Mônica Mata Machado de Castro aponta a baixa estruturação ideológica do voto, a ausência de informações substantivas sobre as questões políticas e a ignorância a respeito das propostas dos candidatos e dos partidos, afirmando, no entanto que “[o] voto orientado por propostas políticas dos partidos e candidatos é raro mesmo em países em que o sistema partidário tem se mantido sem grandes modificações há muitas décadas”. Ao final, no entanto, aduz que a posição social do eleitor (tanto em relação à sua situação econômica e geográfica como a respeito de seu interesse político e maior acesso à informação) incrementa sua participação eleitoral e a “consistência ideológica do seu voto” (CASTRO, Mônica Mata Machado de. Eleitorado brasileiro: composição e grau de participação. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 285-294, p. 285-294).

<sup>491</sup> RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 268.

<sup>492</sup> MACKENZIE, W. J. M. *Elecciones libres*. Op. cit., p. 159.

vulneração da liberdade de sufrágio. Segundo ele, a venda do voto não deveria levar nem à anulação do sufrágio nem ao castigo do eleitor, conforme determina a legislação espanhola desde 1890.<sup>493</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro, a partir do desenho constitucional, tem uma leitura da liberdade do voto não vinculada exclusivamente a uma visão individualista. A punição à venda do voto, corrupção passiva prevista do artigo 299 do Código Eleitoral,<sup>494</sup> decorre do princípio republicano, da responsabilidade que tem, que deve ter, o cidadão na construção da vontade política do Estado. Não se coaduna com essa configuração a aplicação do princípio da insignificância ao delito de corrupção passiva.<sup>495</sup> Crime de ação pública, como todos os crimes eleitorais, deve ser, obrigatoriamente, objeto de persecução penal. O bem jurídico protegido é a democracia, a lisura das eleições, a legitimidade do regime político.<sup>496</sup>

Otávio Soares Dulci ressalta o “mandonismo”, o exercício do poder por meio da posse da terra, da riqueza e do uso da violência pelas elites locais. O “coronelismo” surge como uma reação das elites políticas centrais para incorporar os “mandões”, concedendo-lhes patentes da Guarda Nacional, estabelecendo uma relação entre o governo e o poder privado.<sup>497</sup>

W. J. M. Mackenzie relata outra forma de clientelismo, com a tradição do “convite”. Afirmo o autor que a “opinião pública” praticamente exigia do candidato que abrisse os bares aos seus partidários. Não havia coação e nem promessa de voto, mas “*en cierto sentido, la cerveza gratuita compraba los votos*”. Em face da impossibilidade de se provar suborno ou corrupção, não havia proibição do convite, que acabou desaparecendo apenas quando os partidos chegaram a um acordo sobre o “desarme”.<sup>498</sup>

---

<sup>493</sup> Na Espanha há punição apenas para quem solicita o voto ou induz à abstenção, não havendo o tipo de corrupção passiva, ao contrário dos ordenamentos italiano, francês, alemão [e brasileiro] (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 41-42).

<sup>494</sup> Art. 299. “Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.”

<sup>495</sup> A partir da Inglaterra, W. J. M. Mackenzie faz a seguinte constatação: “*El mal característico que se atribuía a las elecciones populares hasta finales del siglo XIX era que daban lugar a la venta de votos, es decir, a transacciones entre los pobres que poseían votos y los ricos que deseaban ocupar escaños. La corrupción electoral de esta clase en la actualidad es casi desconocida en los países occidentales*” (MACKENZIE, W. J. M. *Elecciones libres*. Op. cit., p. 167). Essa análise, feita em 1958, não parece ter incluído a realidade brasileira – no século XXI, a corrupção ainda é um problema grave na disputa eleitoral.

<sup>496</sup> Essa é a opinião de Alessandra Anginski Cotosky (COTOSKY, Alessandra Anginski. Corrupção eleitoral passiva e o princípio da insignificância. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 52, abr. 2004. Disponível em: [http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo\\_impresso.php?cod\\_texto=185](http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=185). Acesso em: 05 out. 2009).

<sup>497</sup> DULCI, Otávio Soares. As elites políticas. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 237-247.

<sup>498</sup> MACKENZIE, W. J. M. *Elecciones libres*. Op.cit., p. 170.

A questão atual, no entanto, é mais complexa, pois o objeto dos desvios deixa de ser (apenas) o eleitor individualmente considerado e passa a ser um conjunto de eleitores, ou a opinião pública, o que torna mais difícil sua comprovação.<sup>499</sup>

Além da igualdade e da liberdade de voto, há de ser assegurada, ainda, a liberdade de formação de opinião.<sup>500</sup> A opinião política se forma coletivamente, a partir do debate de ideias e da submissão da opinião pessoal à apreciação dos demais.<sup>501</sup> Essa liberdade não prescinde da garantia de uma igualdade entre os candidatos na disputa eleitoral. A existência de vantagens indevidas, baseadas em critérios tidos como irrelevantes, leva ao desvirtuamento do pleito, com ofensa à liberdade da vontade eleitoral.<sup>502</sup>

Uma questão a ser enfrentada é a relativa às pesquisas eleitorais. A realização de pesquisas e a publicação de seus resultados geram efeitos no processo eleitoral, promovendo uma disparidade entre aqueles que as podem contratar e os que não podem, também alterando, ao menos potencialmente, o processo de formação do voto.

As pesquisas eleitorais não configuram propaganda, afirma Carlos Eduardo de Oliveira Lula.<sup>503</sup> De igual maneira a opinião de Jaime Durán Barba, que defende a imparcialidade das pesquisas e seu papel na formação do voto.<sup>504</sup> Fernando Tuesta Soldevilla aduz, ao contrário, que a publicação de pesquisas configura propaganda indireta, pois tem o objetivo de persuadir o eleitor.<sup>505</sup> Para Fávila Ribeiro, a divulgação de resultados de pesquisas eleitorais exerce influência sobre o eleitorado, não importando sua autenticidade.<sup>506</sup>

Alberto Carlos Almeida reconhece a influência indireta das pesquisas na formação do voto – pelo seu impacto na arrecadação de recursos, na exposição nos meios de comunicação

---

<sup>499</sup> “Podemos concluir, então, que hoje em dia os resultados das eleições não refletem a vontade / voto dos cidadãos, mas tão-somente o fruto da conjugação das forças e dos meios de *pressões* que cada corrente política ou de interesses consegue agrupar em torno de seus objetivos e candidatos. Mais do que isso, o atual grau de eficiência e impunidade das *pressões* oriundas do *abuso de poder* se faz tão presente em nossa realidade político-eleitoral que se torna necessário repensar até mesmo a validade dos conceitos de Democracia que levamos em conta” (BARRETO, Lauro. *Escrúpulo e poder: o abuso de poder nas eleições brasileiras*. Op. cit., p. 15).

<sup>500</sup> Uma das dimensões do direito de liberdade de expressão, conforme Jônatas Machado (MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 427).

<sup>501</sup> RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Op. cit., p. 296.

<sup>502</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 35.

<sup>503</sup> LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Op. cit., p. 482.

<sup>504</sup> DURÁN BARBA, Jaime. Encuestas electorales. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 481-499, p. 481 e 495-497. O autor, que se identifica como um profissional da área de pesquisas eleitorais, afirma que a polêmica em relação às pesquisas reflete o medo que se tem do que possa prever o futuro, que os eleitores indecisos – que em tese se influenciariam por números falseados – são os menos interessados por política e por isso acompanham menos as pesquisas, que a publicação das pesquisas não deve ser proibida em nenhum momento e que o mercado dá conta de empresas não confiáveis.

<sup>505</sup> TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. Campaña electoral. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 121-126, p. 125.

<sup>506</sup> RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Op. cit., p. 317.

social e no ânimo do candidato e da sua estrutura de campanha – mas afirma inexistirem dados empíricos que comprovam a influência direta delas sobre o eleitor. Afirma, ainda, que embora o registro das pesquisas eleitorais seja exigido no Brasil desde a Lei 7.508/86, a legislação brasileira, que autoriza a divulgação de resultados inclusive no dia da eleição, é a mais liberal do mundo sobre o assunto.<sup>507</sup>

As regras sobre pesquisas eleitorais podem se caracterizar como “liberais” ou “protecionistas”, dependendo de sua confiança ou desconfiança em relação à objetividade das pesquisas e sua autenticidade.<sup>508</sup> O Brasil passou de um sistema bastante protecionista, com a proibição da divulgação de resultados de pesquisas nos quinze dias anteriores à eleição, regra do Código Eleitoral não revogada expressamente,<sup>509</sup> para a liberalização parcial, em relação à proibição de divulgação, por resoluções do Tribunal Superior Eleitoral desde 1988<sup>510</sup> e para uma tentativa do legislador de restaurar a regra, com a inserção do artigo 35-A<sup>511</sup> na Lei 9.504/97 pela Lei 11.300/06, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 3741 em face da “garantia da liberdade de expressão e do direito à informação livre e plural no Estado Democrático de Direito”.<sup>512</sup>

A Lei 9.504/97 traz requisitos técnicos e de publicidade para tentar garantir a objetividade das pesquisas (artigo 33)<sup>513</sup> e criminaliza a divulgação de pesquisa fraudulenta (artigo 33 §4º), o impedimento da fiscalização dos partidos em relação à realização da pesquisa (artigo 34 §2º) e a existência de irregularidades nos dados (artigo 34 §3º).

Atualmente, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, não há um período no qual é vedada a divulgação do resultado de pesquisas eleitorais. A ênfase dessa escolha – não exatamente democrática, mas essencialmente política – está na liberdade de informação e do acesso do eleitor ao resultado como mais um elemento para a formação do seu voto. Parte-se

---

<sup>507</sup> ALMEIDA, Alberto Carlos. As sondagens de opinião. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 343-355.

<sup>508</sup> Conforme SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 315.

<sup>509</sup> Art. 255. “Nos 15 (quinze) dias anteriores ao pleito é proibida a divulgação, por qualquer forma, de resultados de prévias ou testes pré-eleitorais.”

<sup>510</sup> Em 27 de outubro de 1988, analisando o mandado de segurança 997 impetrado pela Empresa Folha da Manhã contra a proibição de divulgação de pesquisas nos 15 dias anteriores à eleição repetida na Resolução 14.466/88, o Tribunal Superior Eleitoral afasta a aplicação da norma por incompatibilidade com a Constituição, considerando a divulgação de pesquisas como atividade estritamente informativa e assim albergada pelo artigo 220 da Carta. Acórdão 10305, relator Francisco Rezek, publicado em 21 de novembro de 1990. A partir dessa decisão, o Tribunal Superior Eleitoral ignora o disposto no Código Eleitoral, as leis do ano não repetem a restrição e a divulgação das pesquisas é liberada.

<sup>511</sup> Art. 35-A. “É vedada a divulgação de pesquisas eleitorais por qualquer meio de comunicação, a partir do décimo quinto dia anterior até as 18 (dezoito) horas do dia do pleito”.

<sup>512</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade 3741, julgada em 06 de junho de 2006.

<sup>513</sup> Óscar Sánchez Muñoz aponta os requisitos técnicos exigidos pela legislação espanhola, francesa, italiana e portuguesa. SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 316-318.

da premissa que o resultado da pesquisa, desde que não manipulada ou falseada, colabora legitimamente para a decisão do eleitor, capaz de tomar suas decisões sem ser influenciado por um “voto tático” e de analisar os dados de maneira racional.

A vedação de divulgação de resultados em um período anterior à votação, para Óscar Sánchez Muñoz, leva em consideração o efeito da pesquisa sobre o eleitor, a partir de sua percepção como um dado “científico”, diferente de uma propaganda. O autor defende a proibição nos últimos dias da campanha e no dia da votação em face da necessidade de proteger a igualdade de oportunidades entre os candidatos.<sup>514</sup>

Parece que a divulgação do resultado de pesquisas muito próximas à votação, com margens de erro que muitas vezes pode levar à inversão dos dados, tem a possibilidade de falsear a formação da vontade do eleitor, devendo ser considerada à luz do princípio da autenticidade eleitoral. Talvez a proibição da divulgação de seus resultados durante o “período de reflexão” ou mesmo por um período maior, a quinzena proposta pelo legislador, não ofenda o princípio da liberdade de expressão (necessariamente limitado no âmbito eleitoral) e preserve o princípio da autenticidade eleitoral.

A legislação brasileira pune a divulgação de resultados de pesquisa não registrada na Justiça Eleitoral<sup>515</sup> e criminaliza a divulgação de pesquisa fraudulenta, além da obstrução da fiscalização dos dados técnicos pelos partidos. A punição criminal pode atingir os representantes da empresa de pesquisa e do órgão divulgador.<sup>516</sup>

---

<sup>514</sup> Ibid., p. 319-321. O autor se refere à proibição de divulgação de resultados de pesquisas no período de cinco dias antes da votação na Espanha, de sete dias em Portugal, de quinze dias na Itália e de apenas um dia na França, ficando proibida a divulgação de pesquisa na véspera da votação (p. 318).

<sup>515</sup> O órgão competente para o registro da pesquisa depende do cargo em disputa. Se a pesquisa é para prefeito (ou para vereador), a pesquisa deve ser registrada na Zona Eleitoral (quando há mais de uma no município, o registro se dá na zona eleitoral mais antiga ou naquela indicada por resolução do Tribunal Regional Eleitoral); quando a pesquisa é para governador ou senador (ou para deputado federal ou estadual), o registro de pesquisa deve dar-se no Tribunal Regional Eleitoral; e se a disputa é para a Presidência da República, o Tribunal Superior Eleitoral procede ao registro.

<sup>516</sup> Art. 33. § 3º “A divulgação de pesquisa sem o prévio registro das informações de que trata este artigo sujeita os responsáveis a multa no valor de cinquenta mil a cem mil UFIR. § 4º A divulgação de pesquisa fraudulenta constitui crime, punível com detenção de seis meses a um ano e multa no valor de cinquenta mil a cem mil UFIR. Art. 34. § 1º Mediante requerimento à Justiça Eleitoral, os partidos poderão ter acesso ao sistema interno de controle, verificação e fiscalização da coleta de dados das entidades que divulgaram pesquisas de opinião relativas às eleições, incluídos os referentes à identificação dos entrevistadores e, por meio de escolha livre e aleatória de planilhas individuais, mapas ou equivalentes, confrontar e conferir os dados publicados, preservada a identidade dos respondentes. § 2º O não-cumprimento do disposto neste artigo ou qualquer ato que vise a retardar, impedir ou dificultar a ação fiscalizadora dos partidos constitui crime, punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR. § 3º A comprovação de irregularidade nos dados publicados sujeita os responsáveis às penas mencionadas no parágrafo anterior, sem prejuízo da obrigatoriedade da veiculação dos dados corretos no mesmo espaço, local, horário, página, caracteres e outros elementos de destaque, de acordo com o veículo usado. Art. 35. Pelos crimes definidos nos arts. 33, § 4º e 34, §§ 2º e 3º, podem ser responsabilizados penalmente os representantes legais da empresa ou entidade de pesquisa e do órgão veiculador.”

Óscar Sánchez Muñoz defende a possibilidade de nulidade da votação se houver divulgação de pesquisa que comprovadamente infringir os dispositivos legais regulamentadores, novamente relacionando a questão com o princípio na igualdade de oportunidade entre os candidatos.<sup>517</sup> Ainda que essa possibilidade dê mais margem à atuação da Justiça Eleitoral na determinação dos eleitos, ela se coaduna com as outras hipóteses previstas na legislação brasileira.

Ainda em relação ao momento de formação do voto, o princípio da autenticidade eleitoral parece exigir um “período de reflexão” para a decisão do eleitor. Dessa forma, é adequada a proibição de todo o tipo de propaganda por um período antes da votação.<sup>518</sup>

A legislação brasileira trata diferentemente os diversos tipos de propaganda eleitoral, proibindo a partir da antevéspera da eleição a propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, os comícios e reuniões públicas e os debates (esses por resolução); na véspera não pode ser divulgada propaganda na imprensa escrita; e apenas no dia da eleição fica vedada a propaganda eleitoral por alto-falantes, carretas, passeatas, carros de som e distribuição de panfletos.

Interessante ressaltar a lógica peculiar do tratamento legal: permite-se mais proximamente à votação a propaganda eleitoral mais vazia de conteúdo, vazia de propostas, que leva ao eleitor somente o conhecimento da candidatura. Esse ponto merece uma análise mais acurada por parte do legislador.

## 1.2 A VERACIDADE DO ESCRUTÍNIO

A certeza da autenticidade do resultado da votação é um problema eleitoral desde sempre. Questão que extrapola o âmbito nacional,<sup>519</sup> é objeto da legislação eleitoral brasileira desde o Império. A incorporação dos magistrados no processo eleitoral deriva da necessidade

---

<sup>517</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 325.

<sup>518</sup> Fernando Tuesta Soldevilla aponta esse período nas campanhas eleitorais, que deve ser de 24 ou 48 horas antes do início da votação (TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. *Campaña electoral*. Op. cit., p. 121-126, p. 123). Vera Maria Nunes Michels defende o prazo de 48 horas para que o eleitor, “aliviado da pressão publicitária”, “possa refletir serenamente sobre as escolhas que lhe foram lançadas através da propaganda eleitoral” (MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral: análise panorâmica*. Op. cit., p. 136).

<sup>519</sup> Veja-se, por exemplo, a eleição de George W. Bush para a presidência dos Estados Unidos em 2000 e a batalha judicial sobre o resultado das urnas.

da autenticidade da votação e da apuração, o que depois culmina na criação de uma justiça especializada.<sup>520</sup>

Em primeiro lugar, a preocupação era com a qualificação dos eleitores – feita pelos párocos e sem força perante as mesas receptoras de votos. No Brasil colônia, com a eleição direta para as Câmaras Municipais, as fraudes no processo eleitoral são evidentes. Com o Império, e com a inclusão da autoridade policial nas mesas, a violência passa a determinar o resultado. Afirma-se a “mentira eleitoral” no Império e no início da República. A figura dos “fósforos”,<sup>521</sup> as exigências legais para ser eleitor e para concorrer a um mandato e a verificação dos poderes pelas casas legislativas levam a um forte desvio da vontade eleitoral.

Raymundo Faoro afirma: “A inautenticidade eleitoral, inautenticidade derivada menos do censo, que restringe o número de eleitores, do que das circunstâncias sociais, aptas a selecionar o corpo deliberante, e de circunstâncias legais, engendradas para filtrar a vontade primária, reduz a importância, o peso e a densidade do elo popular e representativo”.<sup>522</sup> Discurso de José Bonifácio (“o Moço”) Andrade, em outubro de 1880, aponta “cinco abundantíssimas fontes de vícios, fraudes e abusos da eleição indireta: infidelidade das qualificações, soberania das mesas eleitorais, fraqueza dos votantes, dependência do Eleitor e intervenção do governo”. Durante todo o Império vale o ditado: “feita a mesa, está feita a eleição”, o que revela a inocuidade da participação popular.

Nelson de Sousa Sampaio afirma a inexistência de verdadeiras eleições até 1933. Durante o Império, fabricavam-se as eleições nos gabinetes e a violência, o suborno e a pressão asseguravam a vitória do partido que o governo desejava. A desordem não respeitava sequer as igrejas. Substituíam-se listas, falsificavam-se atas, multiplicavam-se eleitores. No início da República, vieram as eleições a bico de pena ou “eleições do ‘bicório’”, em que

---

<sup>520</sup> As referências históricas deste item são retiradas das obras NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002; PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000; e PORTO, Walter Costa. *A mentirosa urna*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>521</sup> Francisco Belisário Soares de Souza, citado por Jairo Nicolau: “O invisível, o fósforo, representa um papel notável nas nossas eleições, e mais ainda nas grandes cidades do que nas freguesias rurais. Um bom fósforo vota três, quatro, cinco e mais vezes em várias freguesias, quando são próximas. Os cabalistas sabem que F. qualificado morreu, mudou de freguesia, está enfermo; em suma não vai votar: o fósforo se apresenta. É mui vulgar que, não acudindo à chamada um cidadão qualificado, não menos de dois fósforos se apresentem para substituí-lo, cada qual cabe melhores provas de sua identidade, cada qual tem partido e vozeria para sustentá-la em sua pretensão” (NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. Op. cit., p. 12-13). Para Rui Barbosa, em discurso proferido em 1879, “fósforo é tanto o não qualificado que usurpa o nome, o lugar, o direito do qualificado, como o realmente qualificado sem direito a sê-lo – em suma, tudo quanto vota ilegitimamente” (PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Op. cit., p. 211-214).

<sup>522</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 3. ed, rev. São Paulo: Globo, 2001 [1957], p. 334.

sequer era necessário reunir a mesa eleitoral. Se algum candidato de oposição vencias as fraudes, era “degolado” no sistema de verificação de poderes.<sup>523</sup>

A degola<sup>524</sup> era o não-reconhecimento dos eleitos. Esse reconhecimento, feito pela Comissão Verificadora dos Poderes, configurava um “terceiro escrutínio”.<sup>525</sup> As eleições “a bico de pena” se davam pela adulteração das atas. Vitor Nunes Leal afirma: “inventavam-se nomes, eram ressuscitados os mortos e os ausentes compareciam; na feitura das atas, a pena todo-poderosa dos mesários realizava milagres portentosos”.<sup>526</sup>

Essas fraudes eram a marca do cenário eleitoral brasileiro na primeira República. Como aponta o senador José de Mello Carvalho Moniz Freire: “Com um jôgo de livros baratos, um boião de tinta e umas duas penas de aço, faz-se funcionar a soberania nacional em tôda sua garbosidade, com o concurso subjetivo de vivos e mortos, presentes quantos bastem para figurar como delegados, também subjetivos, de uns e outros, na manipulação da escritura em que a soberania faz as suas investiduras”.<sup>527</sup>

A participação popular é mínima e ainda é desvirtuada.

O Código Eleitoral de 1932 cria a Justiça Eleitoral, deslocando a verificação de poderes e dando competência administrativa de organização das eleições para um órgão do Poder Judiciário. O alistamento passa a ser feito perante juízes eleitorais e o título de eleitor exibe a foto do alistado, para evitar a fraude no reconhecimento do eleitor pela mesa receptora de votos. Ainda não há cédula oficial, mas é instituído um envelope para o acondicionamento da cédula, além de uma cabina para assegurar o segredo do voto. O sistema eleitoral é uma combinação do princípio proporcional com o princípio majoritário (as “sobras” do quociente partidário ficam com os candidatos mais votados). A Constituição de 1934 prevê a Justiça Eleitoral.

O golpe do Estado Novo suspende as eleições por 11 anos. Em dezembro de 1945, a Lei Agamenon altera o sistema eleitoral e as sobras passam a ser preenchidas pelo partido

---

<sup>523</sup> SAMPAIO, Nelson de Sousa. *A justiça eleitoral*. Op. cit., 114-119.

<sup>524</sup> A expressão “degola” veio do Rio Grande do Sul, da gravata colorada, dos 100 degolados na Revolução de 1893 entre republicanos e federalistas.

<sup>525</sup> Assis Brasil, em Jairo Nicolau: “Ninguém tem certeza de ser alistado eleitor; ninguém tem certeza de votar, se por ventura for alistado; ninguém tem certeza de que contem o voto, se por ventura votou; ninguém tem certeza que esse voto, mesmo depois de contado, seja respeitado na apuração da apuração, no chamado terceiro escrutínio que é arbitrária e descaradamente exercido pelo déspota substantivo, ou pelos déspotas adjetivos, conforme o caso for da representação nacional ou das locais” (NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. Op. cit.). Em 1915 Ubaldo do Amaral é eleito Senador pelo Paraná com 14.507 votos. É “degolado” e reconhece-se Xavier da Silva, que conta com apenas 4.559 votos (PORTO, Walter Costa. *A mentirosa urna*. Op. cit., p. 115).

<sup>526</sup> LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978, p. 230.

<sup>527</sup> MONIZ FREIRE, José de Mello Carvalho. *O voto secreto*. Rio de Janeiro: Gráfica Laemmert, 1961 [1910], p. 24. O autor foi deputado nos últimos anos do Império, constituinte em 1890, presidente do Estado do Espírito Santo (1892-1896 e 1900-1904) e senador (1906-1915).

mais votado. Impõem-se multas para os que não se alistam e para os que não votam. Passa a ser permitido a um candidato concorrer por vários estados a um mesmo cargo ou a cargos diferentes.<sup>528</sup> Menos de um sexto da população comparece às urnas.

O Código Eleitoral de 1950 acaba com o alistamento *ex officio* para os funcionários públicos e adota a fórmula eleitoral de repartição exclusivamente proporcional das cadeiras de deputados e vereadores, mas inclui os votos em branco para o cálculo do quociente eleitoral. Passa-se a admitir o voto apenas em determinada seção eleitoral, com a criação da folha individual de votação na qual consta a fotografia do eleitor.

Em 1955 adota-se a cédula oficial, confeccionada e distribuída pela Justiça Eleitoral, e preenchida na seção eleitoral. As fraudes na apuração permanecem, como o “mapismo”, com a alteração dos números de votos em branco e nulos pelos escrutinadores para beneficiar determinado candidato.

Durante a ditadura militar, para além das fraudes já conhecidas, os desvios passam a ser determinados pela legislação eleitoral. Além das eleições indiretas para a Presidência da República, os governadores e os prefeitos das capitais (com o Ato Institucional 3 de 1966) e depois um terço dos senadores (pela Emenda Constitucional 8/78) passam a ser nomeados sem a eleição popular. Além disso, cria-se a sublegenda para as eleições de prefeito e senador – um partido indica até três nomes para a disputa do mesmo cargo; os votos dados a eles são somados e é eleito o mais votado.

O Código Eleitoral de 1965 obriga o eleitor a votar no mesmo partido para deputado estadual e federal. Em 1982, os governadores voltam a ser eleitos diretamente, mas o voto é vinculado – o eleitor deve votar em candidatos do mesmo partido para todos os cargos e não é permitido votar na legenda, sob pena de anulação do voto.

Nas eleições estaduais do Rio de Janeiro em 1982 ocorre uma inconsistência tal no escrutínio para os cargos de deputado que a eleição acaba sendo repetida. A totalização dos votos é feita por processamento de dados, a partir dos resultados de cada urna, pela soma de votos pelos escrutinadores e pelo preenchimento dos boletins de urna. Paira a dúvida sobre a tentativa de fraudar a eleição de Leonel Brizola para o governo do Rio de Janeiro.<sup>529</sup>

A partir de então, a Justiça Eleitoral passa a se preocupar com a informatização. Em um primeiro momento, em 1986, faz o cadastramento eleitoral, com a reunião de todos os

---

<sup>528</sup> Getúlio Vargas concorre ao Senado pelo Rio Grande do Sul e por São Paulo e à Câmara dos Deputados por sete estados e pelo Distrito Federal.

<sup>529</sup> Enquanto Walter Costa Porto acredita apenas em falhas técnicas, Paulo Henrique Amorim e Maria Helena Passos afirmam a tentativa de fraude envolvendo as Organizações Globo (PORTO, Walter Costa. *A mentirosa urna*. Op. cit., p. 219-224; AMORIM, Paulo Henrique; PASSOS, Maria Helena. *Plim plim: a peleja de Brizola contra a fraude eleitoral*. 3. ed. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2005).

dados eleitorais em um banco de dados único, evitando a duplicidade de títulos de eleitor e permitindo a criação da urna eletrônica. O sistema eletrônico de votação começa a ser adotado em 1996 e passa a ser o único em todo o país nas eleições de 2000. Não há mais cédulas: o mesário digita o número do título do eleitor e libera a urna para receber o voto; o eleitor digita o número de seus candidatos, sem que haja vinculação entre o título e o voto.

Com o sistema eletrônico de votação, reduzem-se as denúncias sobre as fraudes na contagem dos votos. A apuração eletrônica – totalização – dos votos e a divulgação dos resultados minutos após o encerramento da votação em cada urna trazem certa sensação de segurança em relação ao escrutínio.<sup>530</sup>

Uma das questões colocadas é a impossibilidade de recontar os votos apurados eletronicamente por conta da ausência de substrato material. Iniciativa do então senador Roberto Requião e bastante modificada durante sua discussão, em 2002 é aprovada a Lei 10.408, que busca “ampliar a segurança e a fiscalização do voto eletrônico”. Essa lei impõe a impressão do voto pela urna eletrônica, para visualização pelo eleitor sem que ele possa pegá-lo, através de um visor lacrado, além de estabelecer procedimentos para a fiscalização dos programas da urna pelos partidos políticos.

Depois da experiência do voto impresso em algumas urnas nas eleições de 2002, a Lei 10.740/03 afasta a exigência de substrato material do voto. Com a Lei 12.034/09, a impressão do voto torna-se obrigatória a partir das eleições de 2014, apesar de manifestação expressa do presidente do Tribunal Superior Eleitoral solicitando o veto presidencial.

José Antonio Dias Toffoli dedica-se ao tema da fraude, evidenciando que no âmbito eleitoral, em face do interesse público, não se exige prova do elemento subjetivo. Ressalta, ainda, que a Constituição prevê como hipótese de ação de impugnação de mandato eletivo, ao lado da corrupção e do abuso de poder econômico, a fraude, sem definir seu conceito no texto constitucional nem na legislação eleitoral. Para o autor, cabe ao Poder Judiciário decidir “de acordo com os princípios da soberania popular, da liberdade do voto do eleitor e da igualdade entre os candidatos”.<sup>531</sup>

Há uma discussão sobre os votos dados a candidatos que têm o seu registro de candidatura indeferido em momento da campanha que não se possa mais retirá-lo da urna eletrônica ou cujo indeferimento seja posterior à eleição.

---

<sup>530</sup> Amílcar Brunazo Filho, engenheiro, questiona a segurança da urna eletrônica e denuncia a possibilidade de violação do sigilo de voto e a impossibilidade de verificação do voto dado e de fiscalizar a apuração. Ver [www.brunazo.eng.br/voto-e](http://www.brunazo.eng.br/voto-e).

<sup>531</sup> TOFOLLI, José Antonio Dias. Breves considerações sobre a fraude ao direito eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 45-61, jul./dez. 2009, p. 47. O autor sublinha que a substituição de candidatos às vésperas do pleito deve ser analisada sob o enfoque da fraude, assim como o aproveitamento dos votos anulados para o cálculo do quociente eleitoral.

Pelo Código Eleitoral, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados (possível na eleição por cédulas) são considerados nulos, exceto “quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro” (parágrafo 4º do artigo 175).

Em 2006, o Tribunal Superior Eleitoral passa a considerar sem valor os votos dados a candidatos sem registro deferido no momento da eleição. Essa leitura é inconsistente com a normativa eleitoral que prevê, no parágrafo 2º do artigo 59 da Lei das Eleições que “[n]a votação para as eleições proporcionais, serão computados para a legenda partidária os votos em que não seja possível a identificação do candidato, desde que o número identificador do partido seja digitado de forma correta”. Ou seja, se o eleitor digita um número inexistente, o voto conta para o partido. Ademais, a visão é absolutamente incoerente com o sentido da manifestação da vontade do eleitor exteriorizada pelo Tribunal Superior Eleitoral quando da decisão sobre a possibilidade de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa: ali se estabelece que o eleitor vota no partido e não no candidato.<sup>532</sup>

Pela lógica do Tribunal Superior Eleitoral, não deveria importar em que momento se deu o deferimento ou o indeferimento do registro de candidatura. Se o eleitor escolheu determinado candidato que apresentou seu pedido de registro por um partido político, após ter sido por ele escolhido em convenção, sua vontade se vincula ao partido, que poderá, eventualmente, substituir aquele candidato ou até o mandatário. Dessa forma, impõe-se a validade dos votos atribuídos, com seu cômputo para a agremiação partidária.

Para Alberto Rollo, o voto em candidato é também voto na legenda e assim os votos devem ser contados para os partidos, desde que o trânsito em julgado da decisão que decreta a inelegibilidade ou que indefere o pedido se dê após a votação.<sup>533</sup>

Cabe ao Tribunal Superior Eleitoral “decidir” se o eleitor vota no partido ou no candidato e pautar suas decisões a partir dessa premissa. Não se pode concordar com essa leitura pontual do comportamento do eleitor e do significado do seu voto.

Além disso, para que haja um reflexo mais adequado da manifestação da vontade do eleitor, impõe-se que o voto nulo deixe de ser considerado um “erro involuntário” do eleitor. Anular o voto também é uma escolha legítima e tem um significado sociológico profundo: a recusa de todos os nomes apresentados. Ainda que esse comportamento não caiba na imagem de eleitor padrão do Tribunal Superior Eleitoral, ele ocorre e é saudável para a democracia.

---

<sup>532</sup> Essas decisões serão analisadas sob o princípio constitucional da liberdade para o exercício do mandato.  
<sup>533</sup> ROLLO, Alberto. *Convenções partidárias e registro de candidatos*. Op. cit., p. 38.

Cabe à Justiça Eleitoral, sob pena de restringir indevidamente a decisão do eleitor, incorporar uma tecla de voto nulo na urna eletrônica.

### 1.3 A FIDEDIGNIDADE DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

A qualidade da democracia representativa está relacionada com a “normalidade e lisura das eleições” e com a maior identificação possível entre a vontade do eleitorado e a formação das casas legislativas.

O princípio da autenticidade eleitoral exige, assim, além da liberdade do voto e da igualdade em sentido estrito, um outro sentido de igualdade, relacionada agora à fidedignidade da representação política: o direito de votar deve se exprimir também como o direito de eleger mandatários, de influenciar de fato na composição das casas legislativas. Essa influência, mais acentuada nos sistemas eleitorais informados pelo princípio proporcional, não afasta o distanciamento entre povo e representação política, principalmente em sociedades de fraco sentimento republicano.

O sistema brasileiro de votação é exemplar. Com raras exceções, não há questionamento sobre os resultados da escolha, ao menos em relação à veracidade do escrutínio. No entanto, para Otávio Soares Dulci, há uma ambiguidade na visão dos políticos pelo povo: ao lado da legitimidade derivada da escolha, desvela-se um estranhamento com a lógica do sistema político, um hiato entre as instituições e os anseios das pessoas, alimentados pelas promessas de campanha. Essa “imagem de elite” leva a um juízo generalizado a respeito dos políticos e desemboca em absenteísmo e desinteresse.<sup>534</sup>

Em cumprimento à exigência da fidedignidade da representação política, o ordenamento jurídico brasileiro traz regras sobre quem pode participar da disputa eleitoral.

As condições de elegibilidade são impostas pela Constituição, no artigo 14:<sup>535</sup> nacionalidade brasileira, exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral na circunscrição, filiação partidária (e escolha em convenção, segundo a Lei 9.504/97), idade mínima conforme o cargo em disputa e alfabetização. Tais requisitos são

---

<sup>534</sup> DULCI, Otávio Soares. *As elites políticas*. Op. cit., p. 237-247.

<sup>535</sup> Art. 14. § 3º - “São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador. § 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos”.

averiguados no registro da candidatura, sendo a idade considerada a do momento da posse. E são taxativos.<sup>536</sup>

Essas condições, como decorre do texto constitucional, são para participar da disputa eleitoral. A sua exigência para o exercício do mandato não é imediata e não atinge todos os incisos.<sup>537</sup> A mudança de domicílio eleitoral, por exemplo, não leva à perda do cargo, assim como a desfiliação partidária (ainda que o afirme de maneira distinta o Supremo Tribunal Federal, a leitura da Constituição não o impõe). A perda do mandato pela perda da nacionalidade brasileira, bem como outros casos de suspensão ou perda dos direitos políticos é decorrência de previsão expressa do inciso IV do artigo 55 da Constituição. Não se presume, não se deduz. A Constituição estabelece quando a perda de mandato deve dar-se.

Discorda-se de Adriano Soares da Costa, que afirma que se tratam de condições de registrabilidade, defendendo por consequência a inconstitucionalidade da averiguação da idade mínima na data da posse<sup>538</sup> e de José Tarcízio de Almeida Melo, que defende que as condições de elegibilidade se mantêm durante o mandato.<sup>539</sup> Joel José Cândido diferencia as condições de elegibilidade das condições para a diplomação e ambas das condições para a posse.<sup>540</sup> Acrescente-se também, nessa linha de diferenciação, as condições para o exercício do mandato.

A previsão constitucional e infraconstitucional de um recorte na esfera jurídico-política de pessoas que se encontram em determinada posição justifica-se, a um tempo, pelo princípio da autenticidade eleitoral, principalmente em seu enfoque relacionado à representação, e pelo princípio da igualdade entre os candidatos, corolário dos princípios republicano e da isonomia.<sup>541</sup>

---

<sup>536</sup> É o que expressamente afirmam Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra (VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51).

<sup>537</sup> Afirma Arthur Luis Mendonça Rollo: “Quem tem suspensos os direitos políticos no curso do mandato poderá perdê-lo. De outra parte, o desaparecimento de qualquer das condições de elegibilidade ou a incidência nas situações de inelegibilidade não tem potencial de afetar o mandato em curso, muito embora implique em restrições a futuras candidaturas” (ROLLO, Arthur Luis Mendonça. *Condições de elegibilidade*. In: ROLLO, Alberto (Org.). *Elegibilidade e inelegibilidade*. Caxias do Sul: Plenum, 2008, p. 41-79, p. 42-43).

<sup>538</sup> COSTA, Adriano Soares da. Inelegibilidade cominada por rejeição de contas: a criatividade judicial por meio da edição de Resoluções do TSE. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luis (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 61-82, p. 64.

<sup>539</sup> MELO, José Tarcízio de Almeida. Questões polêmicas na Justiça Eleitoral: fidelidade partidária, direitos das coligações, duplicidade de filiação, propaganda extemporânea e vida pregressa desabonadora. *Revista de doutrina e jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, p. 11-34, 2008, p. 13.

<sup>540</sup> CÂNDIDO, Joel José. *Inelegibilidades no Direito Brasileiro*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003, p. 87.

<sup>541</sup> Para José Antônio Fichter, “[t]oda a teoria das inelegibilidades está moldada com o declarado propósito de propiciar, no certame, um sistema de tratamento igualitário aos postulantes a cargos eletivos” (FICHTNER, José Antonio. *Impugnação de mandato eletivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 116).

A inelegibilidade constitucional referente à condição de analfabeto e de conscrito e as inelegibilidades legais decorrentes de sanção se relacionam com o princípio da autenticidade eleitoral e com a fidedignidade da representação. A irrelegibilidade (no texto original da Carta), a inelegibilidade por parentesco e as incompatibilidades se coadunam com o princípio da máxima igualdade entre os candidatos.

O texto constitucional, tradição brasileira desde a Carta Imperial, traz dispositivos referentes a inelegibilidades e a incompatibilidades. Para Adriano Soares da Costa, inelegibilidade pode ser vista como um conceito negativo – ausência ou perda de inelegibilidade – como a impossibilidade jurídica de se concorrer às eleições, não necessariamente decorrente de sanção. O autor divide as inelegibilidades em inatas (que ocorre antes da elegibilidade) e cominadas (decorrentes de sanção), e essas em simples (que gera efeitos na eleição em que se disputa) e potenciada (que produz efeitos também em relação a eleições futuras).<sup>542</sup>

Pela dicção do texto constitucional, são inelegíveis os conscritos (aqueles que estão prestando o serviço militar inicial, durante o período obrigatório),<sup>543</sup> os analfabetos<sup>544</sup> e o cônjuge e os parentes até segundo grau, consanguíneos, afins ou por adoção, dos chefes do Poder Executivo no âmbito da competência administrativa destes. Neste último caso há inelegibilidade para o mesmo cargo se o titular já estiver em seu segundo mandato e incompatibilidade nos demais casos, pois não subsiste o impedimento se o titular do Poder Executivo se afasta definitivamente do cargo seis meses antes da eleição.

Havia, no texto constitucional original, a inelegibilidade dos chefes do Poder Executivo para concorrer ao mesmo cargo no período subsequente. A proibição era absolutamente coerente com o repúdio à utilização de determinados cargos para desequilibrar a disputa, bem como com o desenho constitucional da autenticidade eleitoral.<sup>545</sup> Ela foi, no entanto, afastada por reforma, restando um sistema incoerente e iníquo.<sup>546</sup>

---

<sup>542</sup> COSTA, Adriano Soares da. *Inabilitação para mandato eletivo: aspectos eleitorais*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1998, p. 217-234. O autor aponta sua discordância com a “teoria clássica das inelegibilidades”, que confunde ausência de condições de elegibilidade com inelegibilidade e essa com incompatibilidade.

<sup>543</sup> Sobre o assunto ver BORN, Rogério Carlos. *O Direito Eleitoral Militar. Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 57, jul/2005. Disponível em: [http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo\\_impreso.php?cod\\_texto =211](http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impreso.php?cod_texto =211). Acesso em: 03 out. 2009.

<sup>544</sup> Como restrição a um direito fundamental, o conceito de analfabetismo deve ser compreendido como a “incapacidade absoluta de ler e escrever, que não se confunde com o semi-analfabetismo”, conforme aponta João Fernando Lopes de Carvalho (CARVALHO, João Fernando Lopes de. *Inelegibilidades constitucionais*. In: ROLLO, Alberto (Org.). *Elegibilidade e inelegibilidade*. Caxias do Sul: Plenum, 2008, p. 81-144, p. 86).

<sup>545</sup> Para João Fernando Lopes de Carvalho, a Emenda 16/97 introduziu “uma medida permissiva em ambientes de muitas restrições, sem que estas últimas fossem alteradas. O resultado foi o surgimento de gritantes incoerências no sistema normativo” (Ibid., p. 91).

<sup>546</sup> A possibilidade de reeleição dos chefes do Poder Executivo será analisada quando se tratar do princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral.

Para Óscar Sánchez Muñoz, a previsão de inelegibilidades se relaciona com o princípio da igualdade entre os candidatos, quando busca afastar da disputa aquele que conta com vantagens que lhe permitem exercer pressões ou influências abusivas no pleito. Ressalta as inelegibilidades previstas no sistema espanhol e que alcançam os membros da administração eleitoral e os diretores dos meios de comunicação públicos, bem como a os membros da Família Real e seus cônjuges.<sup>547</sup>

A relação das inelegibilidades constitucionais com o princípio da isonomia também é feita por Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>548</sup> Não há dúvidas, no entanto, que o tema também se relaciona com o princípio da autenticidade eleitoral e da fidedignidade da representação política.

A Constituição de 1988, repetindo a regra constitucional anterior inserida pela Emenda Constitucional 25/85, reconhece o direito de voto ao analfabeto. Não admite, no entanto, sua capacidade eleitoral passiva, sua elegibilidade.<sup>549</sup> André Luiz Nogueira da Cunha defende a elegibilidade do analfabeto, sua capacidade política plena. Se lhe é reconhecida a capacidade de escolher, também deveria poder ser escolhido, a partir de uma decisão do eleitor.<sup>550</sup> Essa não é, no entanto, a previsão constitucional.

A Constituição e a Lei Complementar 64/90 não impõem como condição de elegibilidade a “reputação ilibada”, nem repetem a exigência da Constituição de 1824, que requeria dos candidatos a senador que fossem “pessoa de saber, capacidade, e virtudes” (artigo 45, III) ou, como o fez um decreto do mesmo ano, prescrevendo que o Eleitor (aquele que escolhia os deputados e senadores na eleição em dois graus) fosse “homem probo, e honrado, de bom entendimento, sem nenhuma sobra de suspeita ou inimizade à causa do Brasil”.

---

<sup>547</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 93-96.

<sup>548</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, p. 5-14, 1997, p. 5-6.

<sup>549</sup> A Lei das Eleições prevê como documentos necessários para o pedido de registro a autorização do candidato, por escrito e a declaração de bens assinada pelo candidato. As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral elencam como documentos a serem apresentados com o requerimento de registro de candidatura comprovante de escolaridade. Na sua ausência, os juízes e tribunais eleitorais têm aplicado provas para aferir a alfabetização que, conforme o Tribunal Superior Eleitoral, deve ser apenas a necessária para ler e escrever, ainda que com dificuldade. Não há como concordar com Adriano Soares da Costa, que afirma que “as gradações de analfabetismo devem ser analisadas perante a importância do cargo em disputa” (COSTA, Adriano Soares. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 163). A Constituição não fez essa exigência e não estabeleceu distinção. Ademais, buscar essa relação de proporcionalidade direta entre o grau de analfabetismo e a “importância” do cargo é um total despropósito, cujo resultado nada mais seria do que uma decisão puramente arbitrária sem qualquer legitimidade.

<sup>550</sup> CUNHA, André Luiz Nogueira da. *Direitos políticos: representatividade, capacidade eleitoral e inelegibilidades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 79.

A questão da “moralidade” eleitoral volta à tona em 2008. Os Tribunais Regionais Eleitorais indeferem pedidos de registro de candidatos com condenações criminais ainda sem trânsito em julgado ou que respondem a ações de improbidade administrativa. Provocado, em resposta à consulta 1621, o Tribunal Superior Eleitoral, por maioria estrita de votos, estabelece que “sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nenhum pré-candidato pode ter seu registro de candidatura recusado pela Justiça Eleitoral”.

O relator da consulta, Ministro Ari Pargendler, aduz que as inelegibilidades são matérias reservadas à lei complementar, segundo expresse comando constitucional. O Ministro Eros Grau, em voto-vista, afirma expressamente que “[a] suposição de que o Poder Judiciário possa, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidato para o fim de definir situações de inelegibilidade importaria a substituição da *presunção de não culpabilidade* consagrada no art. 5º, LVII da Constituição (...) por uma *presunção de culpabilidade* contemplada em lugar nenhum da Constituição”. Ressalta, ainda, que “o Poder Judiciário não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra”.

O Ministro Carlos Ayres Britto defende a aplicação do método sistemático de interpretação do Direito, afirmando a distinção em relação ao indivíduo entre os direitos individuais e sociais e os direitos políticos, pois estes últimos servem aos princípios da soberania popular e da democracia representativa e são vinculados a valores e não a pessoas. Afirma expressamente “a exigência de uma honrada vida pessoal pregressa como inafastável condição de elegibilidade” implícita na Constituição (como a escolha do candidato em convenção partidária), e não como hipótese de inelegibilidade, o que estaria reservado à lei complementar. Em debate com o Ministro Eros Grau, o Ministro Carlos Ayres Britto aduz que a *presunção de não culpabilidade* não se aplica plenamente aos direitos políticos.

Os Ministros Joaquim Barbosa e Félix Fischer acompanham o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, estabelecendo como critério a condenação nas instâncias ordinárias. Em intenso debate, o Ministro Carlos Ayres Britto afirma que em relação aos direitos políticos se inverte a prioridade em direção ao princípio da precaução.

O Ministro Caputo Bastos vota com o relator, afirmando o risco de superposição de competências entre os poderes e a impossibilidade de o Poder Judiciário substituir o legislador. Para o Ministro Marcelo Ribeiro, o entendimento de uma nova condição de elegibilidade levaria à criação, por construção jurisprudencial, de restrição a direito. Assim, o

Tribunal Superior Eleitoral decidiu pela impossibilidade de afastamento pela Justiça Eleitoral de candidato sem condenação transitada em julgado.<sup>551</sup>

Assinala, no mesmo sentido da minoria do Tribunal Superior Eleitoral, José Tarcízio de Almeida Melo, que é uma “decorrência lógica” a não aceitação do registro de candidatos de conduta indecorosa ou de mandatário ímprobo.<sup>552</sup> Lauro Barreto chega a defender a relativização do princípio da presunção de inocência, afirmando ainda que o indeferimento do pedido de registro de candidatura ou a cominação de inelegibilidade “é algo bem mais *brando* e *suportável* do que a prisão provisória”.<sup>553</sup> Lourival Serejo é outro defensor do alargamento das hipóteses de inelegibilidade por mutação constitucional, na busca de “mais efetividade à Constituição”, de sua concretização “em proveito dos fins a que se propõe a ética das eleições”.<sup>554</sup> Para Arthur Luis Mendonça Rollo, no entanto, é a submissão dos candidatos às urnas, a vontade popular que deve determinar quem merece exercer um mandato eletivo.<sup>555</sup>

O Supremo Tribunal Federal foi provocado sobre a questão na ação de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros. Os proponentes afirmam a desconformidade da exigência de trânsito em julgado para as inelegibilidades previstas na Lei Complementar 64/90, bem como da possibilidade de suspensão da inelegibilidade por rejeição de contas quando a decisão estiver sob a apreciação do Poder Judiciário, a partir da redação dada ao parágrafo 9º do artigo 14 pela Emenda Constitucional 4/94. Em decisão de 06 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos (vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto e Joaquim Barbosa), pelo afastamento da pretensão em face da compreensão de que a garantia da presunção da inocência extrapola o âmbito penal e pela impossibilidade de construção jurisprudencial em matéria de inelegibilidade, reservada à lei complementar.<sup>556</sup>

Para Jorge Miranda, as inelegibilidades – restrições a um direito fundamental – devem observar a exigência do caráter restritivo das restrições: garantia do conteúdo essencial, reserva de lei, generalidade e abstração, não retroatividade e princípio da proporcionalidade. Aponta ainda o autor que as restrições devem se fundamentar na proteção de outros direitos e interesses protegidos pela Constituição: liberdade de escolha pelos eleitores, isenção e

---

<sup>551</sup> Consulta 1621, Resolução 22.842, Relator Min. Ari Pargendler. Julgamento em 10 de junho de 2008, publicação no Diário da Justiça de 04 de julho de 2008. Destaques no original.

<sup>552</sup> MELO, José Tarcízio de Almeida. *Questões polêmicas na Justiça Eleitoral: fidelidade partidária, direitos das coligações, duplicidade de filiação, propaganda extemporânea e vida pregressa desabonadora*. Op. cit., p. 31.

<sup>553</sup> BARRETO, Lauro. *Ficha suja e impugnação de candidatura*. Bauru: Edipro, 2008, p. 90-91.

<sup>554</sup> SEREJO, Lourival. *Programa de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 46. O argumento do autor é para atingir os candidatos que se apresentam com “mácula” e o parentesco socioafetivo.

<sup>555</sup> ROLLO, Arthur Luis Mendonça. *Condições de elegibilidade*. Op. cit., p. 63.

<sup>556</sup> Informativo STF nº 514, 1º a 8 de agosto de 2008, acórdão ainda não publicado (ADPF 144).

independência no exercício do cargo, princípio da renovação dos titulares e preservação das instituições essenciais da soberania.<sup>557</sup>

As restrições ao direito político de elegibilidade, como restrições de direito fundamental ou de liberdade pública fundamental,<sup>558</sup> somente são justificadas a partir de previsão constitucional. A Constituição não inclui a “reputação ilibada” ou a vida pregressa cândida como condição de elegibilidade, no elenco taxativo do artigo 14, parágrafo 3º, nem a vida pregressa maculada ou a reputação manchada como hipótese de inelegibilidade. Tampouco a Lei das Inelegibilidades o faz.

Outra questão que se coloca é relativa à sanção de inabilitação para o exercício de cargo público. Joel José Cândido diferencia a inabilitação para o exercício dos cargos públicos das inelegibilidades, em face da distinção que a Constituição faz entre função ou cargo público e mandato eletivo. Para o autor, a inabilitação não gera suspensão de direitos políticos, pois não está incluída nas hipóteses do artigo 15 da Constituição.<sup>559</sup>

Não é essa a posição de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, que incluem a inabilitação para o exercício de função pública entre as inelegibilidades.<sup>560</sup> Adriano Soares da Costa firma que a função pública referida inclui cargo público e mandato eletivo e que a inabilitação é uma espécie de inelegibilidade.<sup>561</sup> Para o autor, a inabilitação impede o registro de candidatura, o que parece equivocado. Não obstante, essa também é a posição de Tito Costa<sup>562</sup> e de Alexandre Luis de Mendonça Rollo.<sup>563</sup> Em obra anterior, Adriano Soares da Costa afirma que na suspensão dos direitos políticos há restrição total ao exercício de tais direitos, na inabilitação o cidadão pode votar e propor ação pública, mas não ocupar cargo, função ou emprego público nem mandato eletivo, e na inelegibilidade pode votar, propor ação pública e ocupar cargo, função ou emprego público. Os institutos mostram-se como círculos concêntricos, sendo a suspensão dos direitos políticos o mais amplo e a inelegibilidade a mais restrita.<sup>564</sup>

---

<sup>557</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Op. cit., p. 63.

<sup>558</sup> Como afirma Mônica Herman Salem Caggiano (CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. Op. cit., p. 86).

<sup>559</sup> CÂNDIDO, Joel José. *Inelegibilidades no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 122 e 126. Esclarece o autor: “A inabilitação consiste num impedimento ou numa restrição especial, de natureza administrativa, que impossibilita só o exercício de qualquer cargo, emprego ou função pública, não eletiva, aplicada, como sanção, por tempo limitado, a quem incidir nos preceitos legais que a disciplinam” (p. 135).

<sup>560</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. Op. cit., p. 67.

<sup>561</sup> COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. Op. cit., p. 283 e 292.

<sup>562</sup> COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 220.

<sup>563</sup> ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. Inelegibilidades infraconstitucionais. In: ROLLO, Alberto (Org.). *Elegibilidade e inelegibilidade*. Caxias do Sul: Plenum, 2008, p. 145-218, p. 157.

<sup>564</sup> COSTA, Adriano Soares da. *Inabilitação para mandato eletivo: aspectos eleitorais*. Op. cit.

O Supremo Tribunal Federal afirma que a inabilitação alcança cargos por nomeação e por eleição. Expressamente: “Compreende-se o desempenho de mandato eletivo na pena de inabilitação temporária para o exercício de função pública, cominada no parágrafo único do art. 52 da Constituição”.<sup>565</sup>

Cumprindo a reserva constitucional do parágrafo 9º do artigo 14, a Lei Complementar 64/90 estabelece hipóteses de inelegibilidades decorrentes de sanção e seus prazos, no artigo 1º, inciso I. A perda de mandato leva à impossibilidade de concorrer a eleições no período remanescente do mandato e mais oito anos no caso dos parlamentares e três anos no caso de Governador, Vice-Governador, Prefeito e Vice-Prefeito.<sup>566</sup> Não há previsão de inelegibilidade cominada para o Presidente e o Vice-Presidente que perde o mandato, o que pode ser compreendido a partir da previsão constitucional da inabilitação para o exercício de função pública por oito anos, no parágrafo único do artigo 52.

A condenação, pela Justiça Eleitoral, por abuso de poder econômico ou político, transitada em julgado, importa na inelegibilidade para a eleição em que o abuso ocorre e para as que se realizam nos três anos seguintes.

A condenação criminal transitada em julgado leva à suspensão dos direitos políticos durante o cumprimento da pena e, portanto, à impossibilidade de concorrer a mandato eletivo. A alguns crimes, no entanto, adiciona-se uma inelegibilidade de três anos, contados a partir do cumprimento da pena: crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração

---

<sup>565</sup> Habeas corpus 79791, Relator Néri da Silveira, julgamento em 18 de abril de 2000. Recurso extraordinário 234223, Relator Octávio Galotti, julgamento em 01º de setembro de 1998 pela Primeira Turma. Esse último acórdão se refere ao indeferimento do pedido de registro de candidatura à Presidência da República de Fernando Collor de Mello, que sofreu um processo de impeachment e, em novembro de 1992, recebeu a pena de inabilitação para o exercício de função pública por oito anos, nas eleições de 1998. O relator, Ministro Octávio Galotti, aduz: “Mandato eletivo é, sem dúvida, espécie do gênero ‘função pública’. Nem toda função pública é mandato eletivo, mas todo ele a será: privada é que não pode ser a função desempenhada por agente político”. O Tribunal Superior Eleitoral se manifesta sobre pedido de registro de candidatura de Fernando Collor de Mello à prefeitura de São Paulo em 2000. O juiz eleitoral indefere o pedido, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo reforma a decisão sob o fundamento de que a inabilitação não mais subsistiria na data da posse e o recurso especial (sob o número 16.684) é apreciado em 26 de setembro de 2000. A ementa traz que a inabilitação restringe os direitos políticos e sem o pleno gozo deles não há possibilidade de deferimento do pedido de registro de candidatura. O relator, Ministro Waldemar Zveiter, acompanhado expressamente pelo Ministro Néri da Silveira, aduz que o pleno exercício dos direitos políticos é condição de elegibilidade que deve ser auferida no momento do registro. Os Ministros Octávio Gallotti e Sepúlveda Pertence apontam, no entanto, que a condenação por crime de responsabilidade não consta das hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos previstas no artigo 15 da Constituição e, portanto, não constitui suspensão dos direitos políticos. Votam com o relator os ministros Garcia Vieira e Costa Porto e o recurso é provido.

<sup>566</sup> Segundo a redação dada pela Lei Complementar 81/94. A redação original da Lei Complementar 64/90 previa a inelegibilidade de três anos, o que levava ao impedimento de concorrer a apenas uma eleição. No caso dos titulares do Poder Executivo estadual, distrital e municipal, no entanto, não houve alteração.

pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, tráfico de entorpecentes e crimes eleitorais.<sup>567</sup>

A indignidade e a incompatibilidade com o oficialato geram inelegibilidade por quatro anos.

A rejeição de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente implica a inelegibilidade por cinco anos a contar da data da decisão, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário. A última parte do dispositivo leva a um esvaziamento da previsão de inelegibilidade, atenuada pelo afastamento da Súmula 1 do Tribunal Superior Eleitoral. O entendimento sumular, estabelecido em setembro de 1992, era no sentido de que a propositura da ação antes da impugnação do pedido de registro afastava a inelegibilidade.<sup>568</sup> A partir de agosto de 2006, no entanto, firma-se o entendimento de que “a mera propositura da ação anulatória, sem a obtenção de provimento liminar ou tutela antecipada, não suspende a inelegibilidade”.<sup>569</sup> Exige-se, ainda, que os erros insanáveis que levam à rejeição das contas sejam derivados de ações de má-fé, com motivos contrários ao interesse público, em busca de vantagens pessoais, ou que causa prejuízo irreparável ao erário ou ao administrado, conforme aponta Alexandre Luis Mendonça Rollo.<sup>570</sup>

A condenação transitada em julgado, não necessariamente pela Justiça Eleitoral, de detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político gera inelegibilidade para as eleições que se realizarem nos três anos seguintes ao término do mandato ou do período de sua permanência no cargo. Para o Tribunal Superior Eleitoral, no entanto, a configuração

---

<sup>567</sup> O Tribunal Superior Eleitoral tempera essa norma, levando em consideração a gravidade do delito e sua relação com as finalidades previstas do art. 14 § 9º da Constituição: proibidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato e a normalidade e legitimidade das eleições. Assim, não considerou aplicável a inelegibilidade por três anos a uma candidata condenada a quatro meses de detenção por crime de desobediência (RO 171, relator designado Néri da Silveira: INELEGIBILIDADE. 2. LEI COMPLEMENTAR N. 64/90, ART. 1, I, LETRA "E". 3. CANDIDATA CONDENADA A QUATRO MESES DE DETENÇÃO, SENDO O ACORDÃO DE 8 DE JUNHO DE 1995, POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. 4. A COMPREENSÃO A SER DADA AO ART. 1, I, LETRA "E", DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/90, QUANTO A CRIMES CONTRA A "ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA", HÁ DE MANTER CONFORMIDADE COM AS FINALIDADES PREVISTAS NO PARÁGRAFO 9 DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A SE RESGUARDAREM. 5. CASO CONCRETO EM QUE NÃO SE CONFIGURA A INELEGIBILIDADE DO ART. 1, I, LETRA "E", DA LEI COMPLEMENTAR 64/90. 6. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Julgamento em 27 de agosto de 1998).

<sup>568</sup> “Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, I, g)”.

<sup>569</sup> O Tribunal assentou que a mera propositura da ação anulatória, sem a obtenção de provimento liminar ou tutela antecipada, não suspende a inelegibilidade (Ac.-TSE, de 24.8.2006, no RO nº 912; de 13.9.2006, no RO nº 963; de 29.9.2006, no RO nº 965 e no REspe nº 26.942; e de 16.11.2006, no AgRgRO nº 1.067, dentre outros). <http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/sumulas.htm>.

<sup>570</sup> ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. *Inelegibilidades infraconstitucionais*. Op. cit., p. 181.

dessa inelegibilidade exige que o abuso revele uma finalidade eleitoral.<sup>571</sup> Mais uma vez, a Justiça Eleitoral coloca entraves à efetivação de uma legislação eleitoral já originalmente débil.

Finalmente, o inciso I do artigo 1º da Lei Complementar 64/90, traz em sua alínea i que são inelegíveis, para qualquer cargo, “os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade”. Há muitos questionamentos em relação a essa hipótese de inelegibilidade, pois ignora o princípio da presunção de inocência e não tem prazo para sua cessação, se reconhecida a responsabilidade do diretor, administrador ou representante.<sup>572</sup>

Ressalte-se que essas hipóteses de inelegibilidades previstas legalmente se referem diretamente à fidedignidade da representação política, ao afastar da disputa indivíduos que são considerados não merecedores de confiança. Não é permitido, por força de reserva de lei complementar estabelecida no parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição, ampliar esse rol por lei ordinária ou por construção judicial, ainda que argumentativamente fundamentada na realização dos princípios constitucionais.

Não obstante, a partir de 2004 o Tribunal Superior Eleitoral passa a considerar de maneira mais ampla a noção de “quitação eleitoral”, exigida no momento do pedido de registro de candidatura. A não apresentação no prazo da prestação de contas (inclusive de campanhas anteriores) e a existência de débito eleitoral impedem o reconhecimento da quitação e, portanto, obstam o registro do candidato.<sup>573</sup>

---

<sup>571</sup> Respe 23.347, relator Caputo Bastos: “RECURSO ESPECIAL. REGISTRO. CANDIDATURA. CONDENAÇÃO. AÇÃO POPULAR. RESSARCIMENTO. ERÁRIO. VIDA PREGRESSA. INELEGIBILIDADE. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO. SÚMULA-TSE Nº 13. SUSPENSÃO. DIREITOS POLÍTICOS. EFEITOS AUTOMÁTICOS. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO POPULAR. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INSTITUTOS DIVERSOS. NÃO-INCIDÊNCIA. ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA h, DA LC Nº 64/90. NECESSIDADE. FINALIDADE ELEITORAL. ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA g, DA LC Nº 64/90. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. 5. Para estar caracterizada a inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea h, é imprescindível a finalidade eleitoral.” Julgamento em 22 de setembro de 2004.

<sup>572</sup> Sobre o assunto, ver ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. *Inelegibilidades infraconstitucionais*. Op. cit, p. 145-218. Marcos Ramayana defende a previsão legal, afirmando sua indispensabilidade como mecanismo de proteção do cidadão e dos partidos (RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 9. ed, rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 226).

<sup>573</sup> Resolução 21.823, relator Peçanha Martins: “ATENDIMENTO À CONVOCAÇÃO PARA TRABALHOS ELEITORAIS. INEXISTÊNCIA DE MULTAS PENDENTES. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. REGISTRO DE SANÇÕES PECUNIÁRIAS DE NATUREZA ADMINISTRATIVA PREVISTAS NO CÓDIGO ELEITORAL E NA LEI Nº 9.504/97. PAGAMENTO DE MULTAS EM QUALQUER JUÍZO ELEITORAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 11 DO CÓDIGO ELEITORAL. O conceito de quitação eleitoral reúne a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, salvo quando facultativo, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao

Para os ministros, não há a criação de condição de elegibilidade, reservada à Constituição, ou nova hipótese de inelegibilidade, matéria de lei complementar: apenas determinação do que consiste a quitação eleitoral.<sup>574</sup> No entanto, não obstante a argumentação trazida, o fato é que o Tribunal Superior Eleitoral, por resolução, estabelece critérios para a participação de um cidadão no pleito, com a consequente exclusão de alguns deles.

A quitação eleitoral, ressalta Arthur Luis Mendonça Rollo, se refere ao pleno exercício dos direitos políticos e ao cumprimento das obrigações eleitorais.<sup>575</sup>

Adriano Soares da Costa faz uma análise da postura do Tribunal Superior Eleitoral afirmando a criação de uma inelegibilidade cominada sem previsão legal, decorrente da desaprovação de contas, sem que necessariamente tenha havido abuso de poder econômico com potencialidade para desequilibrar o pleito.<sup>576</sup>

A fidedignidade da representação política também é atingida pela possibilidade de coligações entre partidos que defendem modelos de sociedade distintas e diversos projetos coletivos de vida<sup>577</sup> – tomando-se em consideração, singelamente, apenas o significado etimológico de suas siglas,<sup>578</sup> sem qualquer elucubração filosófica sobre a transcendência das ideologias na contemporaneidade. A partir desta permissão legal, e com a adoção do sistema proporcional de lista aberta, efetivamente ocorre a transferência da opção política dos eleitores.<sup>579</sup> Ao se tratar a coligação como um partido único, com uma única lista de

---

pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, excetuadas as anistias legais, e a regular prestação de contas de campanha eleitoral, quando se tratar de candidatos.” Julgamento em 15 de junho de 2004.

<sup>574</sup> Respe 26.505, relator Caputo Bastos: “As Res.-TSE nos 21.823/2004 e 21.848/2004, ao tratarem do conceito e abrangência da quitação eleitoral, não criaram nova condição de elegibilidade, apenas estabeleceram quais obrigações deveriam ser cumpridas para a obtenção da certidão de quitação.” Julgamento em 17 de outubro de 2006.

<sup>575</sup> ROLLO, Arthur Luis Mendonça. *Condições de elegibilidade*. Op. cit., p. 47.

<sup>576</sup> COSTA, Adriano Soares da. *Inelegibilidade cominada por rejeição de contas: a criatividade judicial por meio da edição de Resoluções do TSE*. Op. cit., p. 78.

<sup>577</sup> Isso já era mal visto por Assis Brasil: “Politicamente, é immoralidade reunirem-se indivíduos de credos diversos com o fim de conquistarem o poder, repartido depois, como cousa vil, o objecto da cubiçada vitória”. E agrega que as maiorias derivadas das coligações “são a lepra dos governos representativos” (ASSIS BRASIL, J-F. de. *Democracia representativa: do voto e do modo de votar*. Paris: Guillard, 1895, p. 143 e 170). Mais de seis décadas depois, a crítica de Miguel Reale se refere a estranhas combinações, “ao arrepio das mais elementares exigências (...) de compostura moral”, e aos “cock-tails” de opinião pública” (REALE, Miguel. *O sistema de representação proporcional e o regime presidencial brasileiro*. Op. cit., p. 20).

<sup>578</sup> Arend Lijphart alerta para a necessidade de uma leitura cética das plataformas partidárias oficiais, afirmando que “podemos observar a verdadeira política defendida por um partido quando o mesmo está no poder” (LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 100). Nada mais verdadeiro no Brasil.

<sup>579</sup> Novamente utilizando como exemplo a eleição para a Assembleia Legislativa do Paraná em 2006, o Partido Popular Socialista (que, segundo seu Estatuto, se declara humanista e socialista e que tem como objetivo permanente a ampliação da democracia e a valorização da cidadania, no processo de construção de uma sociedade socialista, ecologicamente equilibrada e autossustentável, humanista, libertária e multilateral) uniu-se ao então denominado Partido da Frente Liberal – atualmente “Democratas” – que então incluía entre seus princípios “perfilhar o respeito ao direito de propriedade” e “reconhecer a livre iniciativa como elemento dinâmico da economia e a empresa privada nacional como agente principal da vida econômica do País” e agora

candidatos, chega-se a um relevante desvio na vontade do eleitor, que continua votando no partido na medida em que não há a atribuição de um número distinto dos partidos que a formam para a coligação,<sup>580</sup> ainda que as regras de propaganda exijam a sua divulgação. Uma possível solução para esse vício seria adotar a proporção de votos atribuídos a cada um dos partidos na distribuição de cadeiras dentro da coligação, como está previsto “nas legislações mais avançadas”.<sup>581</sup> Outra possibilidade, menos adequada ao desenho constitucional da democracia brasileira porque tende a reduzir artificialmente o espectro partidário, é a adoção das federações partidárias, de duração mais prolongada e com estatuto e programa comuns, já cogitada nas propostas de reforma política. Para David Fleischer, as federações possibilitariam um sistema de cotas mais efetivo, eleições proporcionais mais baratas, uma fiscalização mais efetiva do financiamento das campanhas e partidos mais fortes e coesos.<sup>582</sup> Essa crença, no entanto, não parece encontrar respaldo da realidade político, eleitoral e partidária, brasileira.

A Lei 12.034/09 inclui na lista de documentos exigidos para o registro da candidatura pelo parágrafo primeiro do artigo 11 da Lei 9.504/97 as propostas apresentadas pelos candidatos a cargos do Poder Executivo.<sup>583</sup> Vale ressaltar que durante as discussões constituintes, já na votação em plenário do projeto de Constituição da Comissão de Sistematização, é apresentada a emenda 15092, que busca impor a obrigatoriedade de registro pelos partidos da plataforma política dos seus candidatos, mas não alcança aprovação. A Lei

---

“defende, por princípio, a economia de mercado” (as citações foram retiradas das páginas que os partidos mantêm na internet – [www.pps.org.br/2005/include/arquivo/estatuto/cap1.asp](http://www.pps.org.br/2005/include/arquivo/estatuto/cap1.asp); [www.pfl.org.br/conheca\\_pfl/principios.pdf](http://www.pfl.org.br/conheca_pfl/principios.pdf) e [www.democratas.org.br/files/REFUNDAPFLDEMOCRATASMAR2007.pdf](http://www.democratas.org.br/files/REFUNDAPFLDEMOCRATASMAR2007.pdf)). A “Coligação Voto Limpo” obteve 15,83% dos votos e 16,67% das cadeiras na Assembleia. No entanto, o PPS colaborou com 9,24% dos votos e fez 5,56% dos deputados, enquanto que o PFL contou com 6,59% dos votos, mas conquistou 11,11% das cadeiras.

<sup>580</sup> DALMORO, Jefferson; FLEISCHER, David. Eleição proporcional: os efeitos das coligações e o problema da proporcionalidade. In: KRAUSE, Silvana; SCHMITT, Rogério (Orgs.). *Partidos e coligações eleitorais no Brasil*. São Paulo: Editora da Unesp, 2005, p. 85-113, p. 90.

<sup>581</sup> Segundo Augusto Aras (ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda de mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 101).

<sup>582</sup> FLEISCHER, David. Os partidos políticos. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 249-283, p. 249-283.

<sup>583</sup> Art. 11. “Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições. § 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos: I - cópia da ata a que se refere o art. 8º; II - autorização do candidato, por escrito; III - prova de filiação partidária; IV - declaração de bens, assinada pelo candidato; V - cópia do título eleitoral ou certidão, fornecida pelo cartório eleitoral, de que o candidato é eleitor na circunscrição ou requereu sua inscrição ou transferência de domicílio no prazo previsto no art. 9º; VI - certidão de quitação eleitoral; VII - certidões criminais fornecidas pelos órgãos de distribuição da Justiça Eleitoral, Federal e Estadual; VIII - fotografia do candidato, nas dimensões estabelecidas em instrução da Justiça Eleitoral, para efeito do disposto no § 1º do art. 59. IX - propostas defendidas pelo candidato a Prefeito, a Governador de Estado e a Presidente da República.” (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009).

12.034/09 retoma a proposição, sem, no entanto, vincular o não cumprimento das propostas a alguma consequência jurídica.<sup>584</sup>

A previsão normativa parece inócua. Como afirma Pierre Bourdieu, “expressões políticas, programas, promessas, previsões ou prognósticos (“Ganharemos as eleições”) nunca são verificáveis ou falsificáveis logicamente”. Dependem da força de quem as pronuncia e da possibilidade que ele tem de “fazer com que o porvir que elas anunciam se torne verdadeiro”.<sup>585</sup> As propostas de campanha de um candidato a Presidente da República dificilmente dependem apenas de sua vontade para que sejam realizadas. Em um país democrático, é o Parlamento o lugar de elaboração das regras jurídicas que determinam a ordem social, a ordem econômica e as relações de trabalho, por exemplo. Não se vislumbra facilmente como se poderia punir, juridicamente, um mandatário que não realizou suas propostas por não ter a maioria parlamentar ou por ter suas políticas afastadas pelo Poder Judiciário.

Finalmente, há que se analisar que a mudança de partido pelo representante político ofende a fidedignidade da representação política.

Para Ricardo da Costa Tjader, a troca de partido por mandatário eleito pelo sistema proporcional é “das maiores fraudes que se pode operar contra a soberana manifestação da vontade popular”.<sup>586</sup>

Assim seria se o comportamento eleitoral se mostrasse dirigido aos partidos. Mas não o é. O eleitor vota em pessoas.

Essa é a análise feita por Jairo Nicolau, a partir de uma pesquisa realizada pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). No Brasil, o voto é personalizado: “o principal motivo da decisão eleitoral é algum atributo particular do candidato”.<sup>587</sup> Nelson Jobim, então deputado federal, afirma criticamente que o sistema

---

<sup>584</sup> Lauro Barreto se refere à proposta de Barbosa Lima Sobrinho para agregar uma nova função à Justiça Eleitoral: examinar os compromissos eleitorais assumidos para verificar seu teor e substância, a fim de tipificar a “fraude eleitoral”, tomada como o descumprimento das promessas de campanha (BARRETO, Lauro. *Escrúpulo e poder: o abuso de poder nas eleições brasileiras*. Op. cit., capítulo 2).

<sup>585</sup> BOURDIEU, Pierre. A representação política. Elementos para uma teoria do campo político. In: \_\_\_\_\_. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 163-207, p. 186.

<sup>586</sup> TJADER, Ricardo da Costa. Enfoques jurídico-políticos das trocas de partidos. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, p. 155-165; 174-175, p. 160.

<sup>587</sup> NICOLAU, Jairo. Voto personalizado e reforma eleitoral no Brasil. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (Orgs.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 23-33, p. 24 e 30. A pesquisa realizada em dezembro de 2002 entrevistou 2004 pessoas em 115 municípios e tem margem de erro de 2,2% em um intervalo de confiança de 95%. Para a pergunta: “Na decisão do voto para deputado federal, o que foi mais importante: a pessoa do candidato ou o partido?”, 82,7% dos entrevistados afirmaram que o candidato é mais importante; 8,7% responderam o partido e 8,6% disseram que ambos, candidato e partido, eram importantes (p. 29). Em sentido oposto, Reinhold Zippelius afirma que “a história das eleições políticas teria conduzido progressivamente da seleção dos diversos deputados, diferenciados pelas suas

proporcional brasileiro faz dos partidos reféns dos candidatos e que o desempenho do partido depende da performance dos seus candidatos.<sup>588</sup> Ainda, Walter Costa Porto indica o voto em nomes, motivado pela “fragilidade dos partidos, a desatenção a seus programas, o individualismo que, afinal, viceja em nossa política”.<sup>589</sup> Enfim, o voto de legenda é francamente minoritário no Brasil, beirando à inexpressividade.<sup>590</sup>

Parte-se de alguns números para sustentar esse argumento. O montante dos votos em legenda na eleição para a Câmara de Deputados no Estado do Paraná em 1994 foi de 185.809 (118.162 apenas para o Partido dos Trabalhadores) em um universo de 2.794.733 votos válidos. Ou seja, 2.608.924 eleitores (93,35%) preferiram escolher nomes para representá-los. Em 2006, dos 5.364.529 eleitores que decidiram escolher seus representantes na Câmara de Deputados, 403.817 votaram nos partidos políticos: 7,53% do total. Os demais preferiram escolher seu candidato.

Analise-se ainda o desempenho eleitoral de Jaime Lerner. Governador eleito para dois mandatos consecutivos, Lerner disputou o primeiro mandato para o Governo do Estado do Paraná pelo Partido Democrático Trabalhista em 1994 e obteve 2.070.970 votos. Em 1998, no Partido da Frente Liberal, novamente se elege com a maioria dos votos válidos já no primeiro turno de votação, com o apoio de 2.031.241 eleitores. Nessa segunda eleição, o PDT compunha a coligação que apoiava Roberto Requião de Mello e Silva, filiado ao PMDB e que alcançou 1.786.115 votos. Aqui evidencia-se a indiferença popular à mudança de partido.<sup>591</sup>

O que parece, de fato, uma traição ao eleitor ou uma fraude eleitoral é o não exercício da representação pelo eleito. Mais grave do que a mudança de partido do Ratinho Junior, que recebeu 205.286 votos pelo Partido Popular Socialista e foi para o Partido Social Cristão em

---

qualificações pessoais, para uma decisão entre os políticos de cúpula dos diversos partidos e entre os respectivos programas” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Tradução: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 [1994], p. 254). Talvez na Alemanha ou no imaginário dos Ministros da Corte suprema brasileira, não na realidade histórica e atual do Brasil.

<sup>588</sup> JOBIM, Nelson. Câmara dos Deputados como assembléia dos estados - voto distrital misto. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 98, p. 108-110, abr./jun. 1991, p. 109.

<sup>589</sup> PORTO, Walter Costa. *A mentirosa urna*. Op. cit., p. 163. Pedro Simon chama a atenção para os resultados da eleição presidencial de 1989: o mais votado contava com seis deputados federais; o candidato do PMDB, partido com 22 governadores e 200 deputados, “fez meia dúzia de votos” (SIMON, Pedro. Partidos políticos e organização partidária. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, p. 148-154, p. 150). A culpa pelos partidos brasileiros serem “de mentirinha”, para Pedro Simon, é do sistema presidencialista e da falta do voto distrital (p. 151 e 154).

<sup>590</sup> Em 1994 os votos de legenda para eleição de deputados federais no Paraná teve apenas 6,65% de votos atribuídos aos partidos políticos. Em 2006 o montante chegou a 7,53%. José Filomeno Moraes Filho aponta que a literatura afirma a volatilidade do eleitorado, que se identifica com um partido apenas conjuntamente. Apontam-se como possíveis causas o federalismo, o presidencialismo, a lista aberta e as coalizões *ad hoc* (MORAES FILHO, José Filomeno. O processo partidário-eleitoral no Brasil: a literatura revisitada. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 86, p. 49-84, jan. 1998, p. 72-73).

<sup>591</sup> Essa também é a visão de Augusto Aras: “No Brasil, a infidelidade partidária não é percebida pelo eleitorado em geral como algo escandaloso, abominável, grave, vergonhoso ou repreensível” (ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda de mandato parlamentar*. Op. cit., p. 168).

2007, ou a migração de Gustavo Fruet do Partido do Movimento Democrático Brasileiro para o Partido da Social Democracia Brasileira após um período de cinco meses sem partido<sup>592</sup>, foi a postura de Cassio Taniguchi, eleito pelo Estado do Paraná, que não exerce seu mandato de deputado federal porque assumiu cargo de Secretário de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente junto ao governo do Distrito Federal, e que propôs apenas um projeto de lei e compareceu a apenas três sessões deliberativas<sup>593</sup>. Ou ainda, a aceitação do cargo de Ministro do Turismo pelo então deputado federal mais votado do Brasil, com 226.686 votos, Rafael Greca, do início da legislatura 1999-2003 até 2 de maio de 2000, e que depois se licenciou novamente para exercer o cargo de Secretário da Comunicação Social do Estado do Paraná, quando deixou o Partido da Frente Liberal e foi para o Partido do Movimento Democrático Brasileiro.

Não se evidencia uma “quebra” da confiança do eleitor pela mudança partidária. Ao que parece, as propostas partidárias e sua adesão a elas não são elementos da fidedignidade da representação política.

---

<sup>592</sup> Eleito em 1998 e 2002 pelo PMDB, não teve dificuldades para alcançar 210.674 votos pelo PSDB em 2006, mais do que o dobro da votação obtida em 2002.

<sup>593</sup> Segundo informações da página da Câmara de Deputados na internet ([www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)).

## 2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO

A adoção pela Constituição brasileira de uma democracia deliberativa republicana específica implica o princípio da liberdade para o exercício do mandato. Esse princípio revela-se ainda pelos princípios da democracia representativa, do mandato representativo, da fidelidade partidária (entendida devidamente de acordo com o desenho constitucional) e da liberdade de convicção e de consciência.<sup>594</sup>

A Constituição assume a teoria da representação popular ou nacional, em que a relação de representação se estabelece entre toda a coletividade e o representante, e não entre os eleitores que efetivamente escolheram aquele representante e ele. O texto constitucional revela essa escolha ao estabelecer, em seu artigo 45, que a “Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo” e, no artigo 46, que o “Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal”. Além disso, durante a Assembleia Nacional Constituinte, discute-se a respeito da compreensão da cidadania como “expressão individual da soberania do povo”, que chega a configurar um artigo do primeiro anteprojeto de Constituição apresentado por Bernardo Cabral.

A ausência de previsão de revogação de mandato e a obrigatoriedade do voto refletem essa escolha. O mandato representativo tem caráter coletivo e ao cidadão é atribuída a função (mais do que o direito) de escolher seus representantes. Além disso, nesse modelo, os representantes são informados pela e formam a opinião pública.<sup>595</sup>

Em seu discurso para os eleitores de Bristol, Edmund Burke afasta a vinculação do representante a instruções do eleitorado. Embora ressalte a necessidade de uma união com os eleitores, o peso dos desejos dos representados e o respeito à sua opinião, afirma que o governo não é uma questão de vontade, mas de razão e juízo. Sendo assim, a decisão racional não pode ser anterior à deliberação.<sup>596</sup>

---

<sup>594</sup> Essa é a leitura de Clèmerson Merlin Clève. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária: estudo de caso*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 42-45.

<sup>595</sup> Para Maurice Hauriou, a opinião pública, que cumpre um importante papel no governo representativo, “es un inmenso receptáculo de opiniones diversas que circulan en el público, es un océano de discusión donde se cruzan y se entrecruzan las corrientes más dispares. La opinión pública es un lugar, un medio, una esfera psicológica que se desarrolla, bajo la mirada atenta del país, la lucha de las ideas políticas” (HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Tradução: Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927, p. 240).

<sup>596</sup> BURKE, Edmund. Discurso a los electores de Bristol. In: \_\_\_\_\_. *Textos políticos*. Tradução: Vicente Herrero. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1942 [1774], p. 309-314, p. 312. Afirma: “El Parlamento no es un congreso de embajadores que defienden intereses distintos y hostiles, intereses que cada uno de sus miembros debe sostener, como agente y abogado, contra otros agentes y abogados, sino una asamblea deliberante de una nación, con un interés: el de la totalidad; donde deben guiar no los intereses y

Para Bernard Manin, a liberdade de opinião ocupa o lugar das instruções para o exercício do mandato na discussão da primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos. Assim, a voz do povo pode chegar aos governantes, amortizando a clara característica não democrática da independência dos representantes.<sup>597</sup>

Maurice Hauriou ressalta que o representante é autônomo, como um “gerente de negócios” e não como um mandatário, o que se consagra em duas regras: proibição de mandato imperativo e impossibilidade de revogação de mandato. Ao tratar dos órgãos de soberania do Estado, refere-se ao Poder Legislativo como “poder deliberante”, ressaltando que é pela deliberação, mais do que pela legislação, que ele realiza suas funções. A deliberação pressupõe discussão, debate, capaz de alterar a opinião dos representantes, que, por conta disso, devem ser livres.<sup>598</sup>

A deliberação democrática, seja diretamente pelo povo, seja nas casas parlamentares, deve, pelo desenho constitucional, produzir uma decisão que é distinta da soma das preferências ou opções individualmente postas. O representado é o povo, e não os cidadãos individualmente considerados: não há, portanto, uma vontade única que possa ser refletida. O debate produzido deve, para ter algum sentido, ser capaz de alterar as concepções iniciais de cada participante.<sup>599</sup>

Tal visão, adotada na presente pesquisa, configura para Maria Benedita Malaquias Pires Urbano um “sentimentalismo constitucional”.<sup>600</sup> Talvez o seja, como o apego ao bem

---

*prejuicios locales, sino el bien general que resulta de la razón general del todo. Elegís un diputado; pero cuando le habéis escogido, no es el diputado por Bristol, sino un miembro del Parlamento”* (p. 312-313).

<sup>597</sup> MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Tradução: Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1998 [1995], p. 210.

<sup>598</sup> HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Op. cit., p. 267 e 469-472. Para o autor, “*deliberación es una resolución colectiva sobre un asunto de gobierno o de administración, resolución que se adopta a pluralidad de votos y después de discusión pública, por una Asamblea formando corpo y constituida en autoridad pública*” (p. 470). E afirma expressamente: “*los miembros de la Asamblea deben ser libres al expresar su voto, a fin de que, terminada la discusión, puedan adherirse a la determinación que parezca más razonable. Si se trata, pues, de una Asamblea representativa cuyos miembros sean electivos, es necesario que no hayan recibido mandato imperativo, pues en caso de recibirlo sería inútil deliberar; la deliberación reposa en el postulado de que puede servir para ilustrar a los votantes, haciéndoles cambiar de opinión antes de votar, postulado que resulta incompatible con el mandato imperativo*” (p. 472).

<sup>599</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996. Como diria Benjamin Constant, “*voltemos às idéias simples*”: “*Compreendamos que as reuniões [das assembleias representativas] se realizam com a esperança de entendimento*” (CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais*: Princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França. Tradução: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989 [1815], p. 129). Mais recentemente, Hanna Pitkin defende que a relação de representação deve deixar espaço para as “*atividades cruciais da legislação*”, como a formulação de problemas, a deliberação e os compromissos para a tomada de decisão (PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 147). Caso contrário, não parece fazer sentido a necessidade de discussão parlamentar.

<sup>600</sup> URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento*: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar. Coimbra, 2004, 830f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas), Universidade de Coimbra, p. 128.

comum, ao interesse público e à distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. Mas configura exigência àqueles que defendem a Constituição.

Essa concepção de Parlamento como órgão de deliberação não se coaduna com um mandato vinculado, em que os representantes políticos recebem instruções, de seu eleitorado ou do seu partido, e manifestam-se estritamente no sentido pré-determinado, sendo impossibilitados de refletir sobre os outros argumentos apresentados. Antes, a existência de restrições para a decisão parlamentar revelaria uma democracia estatística,<sup>601</sup> onde as preferências individuais ou grupais se manifestariam sem que se pudesse apontar os responsáveis pela decisão.

O princípio do governo representativo, segundo Bernard Manin, assim se revela: “ninguna propuesta puede adquirir fuerza de decisión pública hasta que haya obtenido el consentimiento de la mayoría tras haber sido sometida al juicio mediante la discusión”. O consentimento que valida a representação política deve, necessariamente, derivar da discussão persuasiva. Segundo o autor, “[e]l gobierno representativo no es un sistema en que la comunidad se autogobierna, sino un sistema en el que las políticas y las decisiones públicas son sometidas al veredicto del pueblo”.<sup>602</sup>

A existência de um estatuto constitucional dos congressistas, com restrições e garantias, parece revelar esse desenho.<sup>603</sup> Mais do que um direito ou do que um privilégio do parlamentar, a liberdade para o exercício do mandato é decorrência do direito de livre expressão e discussão.<sup>604</sup> Existe, reconhecida ao representante, uma liberdade individual de expressão política e um conjunto de direitos políticos concernentes à representação, o que leva ao livre exercício do mandato.<sup>605</sup>

Ainda sob a Constituição anterior, o Tribunal Superior Eleitoral debruçou-se sobre o tema, ao analisar uma representação de um partido solicitando a perda de mandato de um deputado federal que haveria votado contra as deliberações partidárias. A Constituição de

---

<sup>601</sup> Novamente utilizando a terminologia de Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Tradução: Julio Montero y Alfredo Stolarz. Buenos Aires: La isla de la luna, 2003 [1980/1990], p. 49-51).

<sup>602</sup> MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Op. cit., p. 233, 235 e 236.

<sup>603</sup> Para Miguel Reale a existência de garantias constitucionais dos parlamentares está ligada ao livre exercício do mandato: “A história do Estado de Direito assinala uma constante preocupação no sentido de preservar-se o exercício dos mandatos políticos de toda e qualquer espécie de pressão, a fim de que os representantes do povo, no seio do Parlamento, possam desempenhar, com a necessária independência, a dupla função que lhes compete: a de *legislar* e a de *fiscalizar* a ação do Estado” (REALE, Miguel. *Decôro parlamentar e cassação de mandato eletivo*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 10, p. 87-93, out./dez. 1969, p. 87).

<sup>604</sup> Conforme VEGA, Pedro de. Significado constitucional de la representación política. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, n. 44, p. 24-44, mar./abr. 1985, p. 33 nr 21.

<sup>605</sup> ROLLO, Alberto; CARVALHO, João Fernando Lopes de. Fidelidade partidária e perda de mandato. *Semestre eleitoral* [Tribunal Regional Eleitoral da Bahia], Salvador, v. 9, n. 1/2, p. 9-32, jan./dez. 2005, p. 10 e 12.

1969 trazia expressa a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária, configurada quando o representante “por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja rege for eleito”, conforme o parágrafo 4º do artigo 152, com a redação dada pela Emenda Constitucional 11/78.

Em seu parecer, o Procurador-geral Eleitoral Inocêncio Mártires Coelho ressalta que “o instituto da fidelidade partidária constitui restrição à liberdade para o exercício do mandato, quase diria um irmão gêmeo do proscrito mandato imperativo, que a legislação dos povos cultos de há muito abandonou, respaldada nos modernos conceitos de representação política”, afirmando a necessidade de uma interpretação restritiva do dever de fidelidade partidária.

O Ministro Torreão Braz questiona a constitucionalidade da fidelidade partidária, em face da inviolabilidade dos deputados e senadores por suas opiniões, palavras e votos. Em seu voto, o Ministro Washington Bolívar afirma crer na efemeridade do instituto da fidelidade partidária, ressaltando ainda a liberdade de convicção como direito fundamental e a configuração do deputado como representante do povo e do senador como representante do Estado. E aduz: “Não se há de querer, por conseqüência, torná-los menor na sua tarefa, jungindo-os aos partidos, que, por mais relevantes que o sejam para o regime democrático, são parcelas do pensamento nacional. Ambos, os deputados e os senadores, falam, não por parcelas, mas pelo povo inteiro nos seus maiores interesses”.<sup>606</sup> Ou seja, não representam só os que lhes escolheram e votaram a partir de suas propostas ou de seu partido, ou ainda por alguma característica pessoal sua, mas sim a todos os cidadãos do espectro de representação.

Essa liberdade, no entanto, não prescinde da responsabilidade do mandatário. A necessária responsabilidade dos agentes públicos, aí incluídos os agentes políticos,<sup>607</sup> deriva do princípio republicano, do princípio democrático e da noção de função pública, conforme aponta Romeu Felipe Bacellar Filho.<sup>608</sup> Se não há uma real representação da vontade do povo,

---

<sup>606</sup> Representação 6963 DF. Relator Ministro Delcio Miranda, julgamento em 15 de maio de 1984. A representação foi julgada improcedente por unanimidade de votos, devido a defeito formal do ato de convocação do órgão partidário, o que impedia a configuração de uma diretriz legítima. Apesar dos argumentos levantados, o Tribunal Superior Eleitoral não se manifestou sobre a inconstitucionalidade das regras de infidelidade partidárias.

<sup>607</sup> “Os agentes políticos são aqueles que se situam no alto da pirâmide estatal, cuja característica fundamental é a ausência de qualquer subordinação, a quem quer que seja, no exercício de suas funções precípua, salvo à lei.” Incluem-se nessa categoria os chefes do Poder Executivo, os parlamentares, os magistrados e os membros do Ministério Público, entre outros (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 153).

<sup>608</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.133. Marçal Justen Filho aduz que “[e]m um Estado Democrático de Direito, o Estado somente está legitimado a ser sujeito de interesse público. Atribuir ao Estado a titularidade do interesse privado infringe o

a atuação do agente público deve refletir “um estrito cumprimento do direito”.<sup>609</sup> Maurice Hauriou vincula a ideia de representação à realização de uma função pública.<sup>610</sup> Assim também o faz José Roberto Vieira, afirmando a relação do princípio da República com a responsabilidade e que “[o]s poderes atribuídos aos mandatários do povo só descobrem sentido na ideia de função, na ideia de meios para a realização do interesse público”.<sup>611</sup>

Ou seja: ainda que o representante seja o titular do mandato, o exercício desse encargo e a fruição de suas prerrogativas trazem consigo um conjunto de deveres. Deveres políticos, mais do que deveres jurídicos.

Afirma Auro Augusto Caliman que o povo, soberano, ao delegar o poder “a representantes que compõem o Legislativo, não dispõe de garantia jurídica que os obrigue a executar sua vontade”. Aponta, ainda, como características do mandato político-representativo a temporariedade, a generalidade (representação de todo o povo), a irrevogabilidade, a irresponsabilidade política, a independência, a liberdade para o exercício, a disponibilidade, a irrenunciabilidade relativa (não se aceita quando o parlamentar estiver submetido a processo que pode levar à perda de mandato), a intransferibilidade, a indelegabilidade e a existência ou não de remuneração.<sup>612</sup>

Assim, o pensamento de Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, que afirma ser o mandato parlamentar um “elemento funcional da representação política”. A autora se refere à “responsividade” (*responsiveness*) – à responsabilização do representante pela concretização dos interesses dos eleitores – e ao *accountability*, exigência de prestação de contas da atuação do representante.<sup>613</sup>

A titularidade do mandato eletivo é do mandatário, jurídica e politicamente. O representante político atua livremente, sem instruções do eleitorado ou do partido. Não há vinculação jurídica para além da filiação partidária como condição de elegibilidade. Assim o posicionamento de Jorge Miranda, que expressamente afasta a tese da “representação

---

princípio da República”. Para o autor, o que caracteriza o interesse público é ser indisponível, é não poder ser colocado em risco, porque sua natureza exige sua realização (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37 e 43).

<sup>609</sup> DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 42.

<sup>610</sup> HAURIU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Op. cit., p. 225. Lembrando da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “[e]xiste função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-los” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 62).

<sup>611</sup> VIEIRA, José Roberto. República e Democracia: óbvios ululantes e não ululantes. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 77-100, 2003, p. 87.

<sup>612</sup> CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato parlamentar*. Aquisição e perda antecipada. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 14 e 39-42.

<sup>613</sup> URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento*: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar. Op. cit., p. 772, 113 e 135.

partidária” que vê o mandato conferido ao partido afirmando sua incompatibilidade com a eleição dos representantes por todo o povo e com a representação popular. Para o autor, a concepção da assembleia como câmara corporativa dos partidos somente seria pensável em “regimes totalitários ou partidos totalitários, e não [n]aqueles que se reclamam da democracia representativa e pluralista”. Ainda que a representação esteja ligada aos partidos, o mandato não pertence às agremiações partidárias; há uma distinção de funções dos deputados e dos partidos e, “em caso de ruptura, o Deputado prevalece sobre o partido”.<sup>614</sup>

Distinta é a posição de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, que afirmam que os mandatários não detêm parcela da soberania popular e que o poder que se origina no povo não pode ser privatisticamente apropriado. E continuam: “O candidato foi eleito para honrar determinado programa partidário, perdendo esse múnus quando se afasta do compromisso assumido”. Para os autores, essa obrigação pode ser construída por uma interpretação sistêmica da Constituição.<sup>615</sup>

Não é essa, no entanto, a disciplina constitucional. Ainda que a mediação dos partidos seja exigência para o exercício da soberania popular no Estado democrático atual, a submissão dos mandatários às agremiações partidárias anula o mandato livre e releva uma partidocracia.<sup>616</sup>

Assim como o faz o funcionamento das estruturas de lideranças na Câmara de Deputados.<sup>617</sup> Sem previsão constitucional e muitas vezes em flagrante ofensa ao processo legislativo constitucionalmente previsto, as decisões dos líderes afastam a publicidade das votações. Fátima Anastasia, Carlos Ranufo Melo e Fabiano Santos acentuam sua atuação, assim como a das comissões, como uma delegação de responsabilidades cercada de segredo,

---

<sup>614</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003, p. 267-270. Em face do desenho constitucional português, essas considerações não afastam a disciplina de voto e a perda de mandato por mudança de partido.

<sup>615</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90. Em artigo anterior, Carlos Mário da Silva Velloso aduz que um mínimo de fidelidade partidária é indispensável, inclusive com a perda de mandato, mas com submissão ao programa partidário e às diretrizes legitimamente adequadas (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO Carlos Mário da Silva (Coords.). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 11-30, p. 17 e 20).

<sup>616</sup> ZAMORA, Rubén I. Partidocracia. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 965-973, p. 966-967. O autor aponta que a Constituição do Sri Lanka permite que os partidos substituam os membros do Parlamento eleitos pela lista do partido que não acatam a disciplina do voto e afirma que a partidocracia “*expresa la debilidad de las instituciones políticas de nuestros procesos de democratización ya sea en su versión restauradora o de incipiente construcción*” (p. 970 e 973).

<sup>617</sup> Ressalta Cesareo R. Aguilera de Prat que os partidos, ao lado do governo, dos tribunais constitucionais e dos entes territoriais com autonomia política competem com o Parlamento, evidenciando a inadequação da estrutura parlamentar com suas funções no Estado social. Mais do que o impulsor das elaborações legislativas e da definição da vontade política, o Parlamento funciona como uma caixa de ressonância (AGUILERA DE PRAT, Cesareo R. Problemas de la democracia y de los partidos en el Estado social. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, n. 67, p. 93-123, ene./mar. 1990, p. 100).

pois nada se sabe das reuniões e das votações. Ainda, segundo os autores, serve para encobrir a atuação dos parlamentares em decisões de alto custo político.<sup>618</sup> Nelson Jobim afirma que esse mecanismo de lideranças exclui o parlamentar do processo decisório, permitindo às lideranças dos partidos atuarem livremente mediante acordos não publicizados.<sup>619</sup> Para Maria Garcia, o voto de liderança deveria ser abolido, em nome da efetiva representação popular.<sup>620</sup>

O mandato representativo apresenta um duplo vínculo: um popular, pois sua aquisição se dá a partir da vontade do povo; outro partidário, pois os partidos fazem a intermediação entre os candidatos e os eleitores.<sup>621</sup> A titularidade, no entanto, não é nem do povo, nem do partido: o representante titulariza o mandato.<sup>622</sup>

Maria Benedita Malaquias Pires Urbano indaga: “até quando vamos ficar prisioneiros do falso mito da liberdade total dos parlamentares?”.<sup>623</sup> Essa liberdade é um patrimônio da democracia, que deriva de uma escolha precisa do constituinte e que não pode ser vista como um “resíduo histórico”, afirma Roberto Scarciglia. É “um elemento ineludível da democracia representativa”, ainda mais em um momento em que os partidos não estão mais dominando a relação entre Estado e sociedade.<sup>624</sup>

Não se está, aqui, amarrado a uma liberdade plena, em face do princípio republicano, da responsabilidade no exercício do mandato e de uma leitura da realidade política que revela interferências externas na representação. Mas os “grilhões” do mandato livre, para além das instruções do eleitorado e dos partidos, assim desenhado no texto constitucional, seguirão atando os intérpretes e aplicadores da Constituição – ou, ao menos, assim deveriam.

---

<sup>618</sup> ANASTASIA, Fátima; MELO, Carlos Ranufo; SANTOS, Fabiano. *Governabilidade e representação política na América do Sul*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 102-112.

<sup>619</sup> JOBIM, Nelson. Partidos políticos e organização partidária. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, p. 138-147; 169-172, p. 140-141.

<sup>620</sup> GARCIA, Maria. Democracia e o modelo representativo. In: GARCIA, Maria (Org.). *Democracia, hoje*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 41-82, p. 65.

<sup>621</sup> CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato parlamentar*. Aquisição e perda antecipada. Op. cit., p. 44.

<sup>622</sup> Assim dispõe, ainda que indiretamente, a Constituição, ao estabelecer a inelegibilidade por parentesco exceto quando o parente do chefe do Poder Executivo for “titular de mandato eletivo” buscando sua reeleição – art. 14, §7º: “São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”.

<sup>623</sup> URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento*: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar. Op. cit., p. 771.

<sup>624</sup> SCARCIGLIA, Roberto. *Il divieto di mandato imperativo*. Contributo a uno studio di diritto comparato. Padova: CEDAM, 2005, p. 159 e 179.

## 2.1 A VEDAÇÃO AO MANDATO IMPERATIVO

A escolha constitucional pelo princípio da liberdade para o exercício do mandato implica primeiramente a vedação ao mandato imperativo.<sup>625</sup> O sistema brasileiro impõe que os deputados são representantes do povo, e ainda que não repita a vedação expressa das constituições estrangeiras,<sup>626</sup> nem afirme expressamente a liberdade para o exercício do mandato,<sup>627</sup> não aceita a vinculação do mandatário a instruções.

O mandato imperativo implica uma relação de representação caracterizada pelos princípios do direito privado. Há, como ressalta Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, uma delimitação prévia do objeto representado (o conteúdo e a extensão do mandato), a determinação da responsabilidade do representante e a remuneração do representante por seus comitentes, indicando uma representação particular. Esse modelo de mandato, aduz a autora, corresponde a uma sociedade fechada e estática.<sup>628</sup>

A configuração do mandato imperativo pressupõe a adoção da teoria fracionada da soberania e da representação, acentua Maurice Duverger, havendo identificação entre o representante e parcela do eleitorado que apresenta instruções para o cumprimento do

---

<sup>625</sup> Ao tratar da soberania popular, Orides Mezzaroba traz suas origens em Marsílio de Pádua, que pensava um “legislador humano” a partir da universalidade (restrita segundo os critérios contemporâneos, pois excluía mulheres, escravos e estrangeiros) dos cidadãos. Acentua que havia uma vinculação entre o governante, delegado do legislador humano, e o mandante, com possibilidade de revogação em caso de abuso ou desvio (MEZZAROBA, Orides. *O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea*. In: \_\_\_\_\_. *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 59-101, p. 66-67).

<sup>626</sup> Como a Constituição da Espanha (“*Artículo 67 2. Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo*”), da Itália (“*Art. 67. Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato*”), de Luxemburgo (“*Article 50 [Representation]. The Chamber of Deputies represents the country. Deputies vote without referring to their constituents and may have in view only the general interests of the Grand Duchy*”), da Eslovênia (“*Article 82 (Deputies) (1) Deputies of the National Assembly are representatives of all the people and shall not be bound by any instructions*”) e da República Bolivariana da Venezuela (“*Artículo 201. Los diputados o diputadas son representantes del pueblo y de los Estados en su conjunto, no sujetos o sujetas a mandatos ni instrucciones, sino sólo a su conciencia. Su voto en la Asamblea Nacional es personal*”), embora esta se refira à necessidade de prestação de contas e contenha a previsão de revocatória de mandato (“*Artículo 197. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional están obligados u obligadas a cumplir sus labores a dedicación exclusiva, en beneficio de los intereses del pueblo y a mantener una vinculación permanente con sus electores y electoras, atendiendo sus opiniones y sugerencias y manteniéndolos informados e informadas acerca de su gestión y la de la Asamblea. Deben dar cuenta anualmente de su gestión a los electores y electoras de la circunscripción por la cual fueron elegidos o elegidas y estarán sometidos o sometidas al referendo revocatorio del mandato en los términos previstos en esta Constitución y en la ley sobre la materia*”).

<sup>627</sup> Como o faz a Constituição Portuguesa: “Artigo 155.º Exercício da função de Deputado. 1. Os Deputados exercem livremente o seu mandato, sendo-lhes garantidas condições adequadas ao eficaz exercício das suas funções, designadamente ao indispensável contacto com os cidadãos eleitores e à sua informação regular”.

<sup>628</sup> URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento*: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar. Op. cit., p. 85-86 e 99.

mandato. No caso de não-cumprimento, está ao alcance dos eleitores a revogação do mandato.<sup>629</sup>

As experiências de mandato imperativo percorrem distintas trajetórias na Inglaterra e na Europa Continental. Não há na Inglaterra uma teoria do mandato que tenha feito surgir o modelo imperativo nem sua passagem para o modelo representativo: ele decorre da prática da representação, das disfuncionalidades e inconvenientes do primeiro instituto<sup>630</sup> e cujos primeiros lineamentos já se encontram nos últimos anos do século XIII.<sup>631</sup> A elaboração teórica e justificadora do mandato representativo inglês vem com Edmund Burke, a partir do argumento de que a vontade não pode preceder à discussão.<sup>632</sup> Na França, por sua vez, há uma discussão teórica a respeito do modelo de mandato a ser adotado pela Revolução. A ausência de instruções precisas e de vinculação a determinada parcela da população, no entanto, eram características inafastáveis de uma concepção de soberania nacional, em que a vontade da Nação era única, concretizada na assembleia de representantes.<sup>633</sup> Além disso, permite a criação de um direito de cidadania unitário, em que todos os indivíduos têm os mesmos direitos e estão sob o mesmo estatuto jurídico.<sup>634</sup>

Ao distinguir o mandato de direito privado do mandato eleitoral,<sup>635</sup> Ricardo Pavão Tuma aponta quatro características da representação no direito público: impossibilidade de definição precisa do vínculo entre mandante e mandatário, impossibilidade de revogação do

---

<sup>629</sup> DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos: Instituições Políticas e Direito Constitucional* – I. Tradução: Fernando Ruiivo e Fernando Augusto Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1985 [1980], p. 62-62.

<sup>630</sup> Para Karl Loewenstein, a técnica representativa se estabelece a partir de um processo, notadamente na Inglaterra em que “*al final del período feudal, cuando la corona estaba necesitada de dinero, los delegados de las capas sociales poderosas financieramente que estaban convocados por el Rey, se emanciparon – probablemente en virtud de los primitivos medios de comunicación – de las instrucciones y mandatos imperativos que habían recibido, y tomaron allí mismo sus decisiones bajo su propia responsabilidad. De esta manera obligaron y ‘representaron’ a los grupos o asociaciones de personas, de los que eran portavoces y mandatarios*” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976 [1961], p. 59).

<sup>631</sup> ACCARINO, Bruno. *Rappresentanza*. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 96.

<sup>632</sup> BURKE, Edmund. *Discurso a los electores de Bristol*. Op. cit., p. 309-314. Em escrito anterior, o autor resalta a exigência de um controle do povo sobre o Parlamento para que o Parlamento possa controlar os demais órgãos de governo (BURKE, Edmund. *Pensamientos sobre las causas del actual descontento*. In: \_\_\_\_\_. *Textos políticos*. Tradução: Vicente Herrero. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1942 [1770], p. 259-293, p. 259-293, p. 280). Bruno Accarino acentua que Edmund Burke pressupõe uma atuação moral impecável dos representantes, estabelecendo como um “*decálogo comportamental*” (ACCARINO, Bruno. *Rappresentanza*. Op. cit., p. 65).

<sup>633</sup> Sobre o assunto ver VEGA, Pedro de. *Significado constitucional de la representación política*. Op. cit., p. 24-44.

<sup>634</sup> ACCARINO, Bruno. *Rappresentanza*. Op. cit., p. 89-90.

<sup>635</sup> Jorge Reinaldo Vanossi e Daniel Alberto Sabsay afirmam que o mandato representativo não se confunde com figuras do direito privado sem, no entanto, apresentarem uma noção de mandato. VANOSSO, Jorge Reinaldo; SABSAY, Daniel Alberto. *Mandato*. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 827-834, p. 833.

mandato, inexigibilidade individual de prestação de contas ao mandatário e ilimitabilidade da extensão dos poderes do mandatário.<sup>636</sup>

O instituto do mandato construído pelo pensamento liberal traz como características ser nacional, geral ou universal, livre ou não sujeito a restrições e não responsável<sup>637</sup> e a Constituição brasileira não se afastou desse desenho; antes, sublinhou-o com a exigência do caráter nacional dos partidos, a não-regulamentação dos *lobbies*, a inexistência de possibilidade de revogação ou perda de mandato por infidelidade partidária e a ausência de previsão de instrumentos jurídicos específicos de controle do representante pelo representado.

Georges Burdeau afirma que o mandato representativo faz parte da estrutura jurídica do governo representativo e se caracteriza por ter como objeto a delegação do exercício da soberania (pois a nação permanece com a titularidade da soberania) e por ser um mandato coletivo (os mandatários são representantes de todo o povo e não apenas do colégio eleitoral que o elegeu). Assim, não comporta a noção de transferência de poderes precisos, mas pressupõe a liberdade do eleito.<sup>638</sup>

A impossibilidade de prever os problemas que serão discutidos no Legislativo e a modificação das circunstâncias, a necessidade de espaços para concessões mútuas e a postura do deputado marcada pela defesa do bem comum<sup>639</sup> evidenciam o que Reinhold Zippelius denomina princípio da representação livre.<sup>640</sup> O autor se refere à teoria do “mandato geral” como atribuição dos eleitores-representados que não vincula juridicamente a atuação do representante e cuja sanção se resume à não-reeleição do mandatário. Há, no entanto, um dever de lealdade do representante com o seu partido, justificado pela opção de seus eleitores

---

<sup>636</sup> TUMA, Ricardo Pavão. *Democracia representativa e partidos políticos*. Curitiba, 1997, 280f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 89-94. Para Petrônio Braz, “[o] mandato eleitoral não tem uma natureza contratual, no sentido civil do termo, possui natureza personalíssima, que se estabelece em presença da aprovação da proposta e do estabelecimento de uma relação de confiança tácita” (BRAZ, Petrônio. *Eleições municipais 2008*. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 57).

<sup>637</sup> Características enfatizadas por Angel Garrorena Morales (GARRORENA MORALES, Angel. *Representación política y Constitución democrática*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 37-40).

<sup>638</sup> BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Tradução de Ramón Falcón Tello. Madrid: Editora Nacional, 1981 [1977], p. 167-168 e 170. O autor menciona ainda como característica a irresponsabilidade. Todavia, essa irresponsabilidade é mitigada pelo papel do povo no governo representativo contemporâneo, que faz suas demandas chegarem ao Parlamento por intermédio dos partidos políticos e da opinião pública. Além disso, os representantes passam a prestar contas ao eleitorado (p. 174-175).

<sup>639</sup> Orides Mezzaroba ressalta que “a introdução do instituto do mandato representativo, nas suas origens, visava, acima de tudo, aperfeiçoar e justificar a dinâmica do sufrágio censitário” (MEZZAROBA, Orides. O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea. Op. cit., p. 90). De fato apenas uma parcela da população escolhia os representantes, mas estes, por força do novo modelo adotado, representavam todos.

<sup>640</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Tradução: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 [1994], p. 265-266.

por aquela agremiação. Esse dever não alcança, porém, as deliberações internas dos partidos ou as alterações no seu programa.<sup>641</sup>

Para Carré de Malberg não há mandato no governo representativo, porque o “mandatário” não representa<sup>642</sup> apenas os eleitores que o nomearam, mas a unidade da Nação. Ademais, a relação é irrevogável, não existe responsabilidade perante os eleitores ou obrigação jurídica de prestar contas e ainda não segue a vontade ou as instruções do eleitorado. O deputado é livre, independente, decide por si, forma sua opinião e a partir dela emite seu voto.<sup>643</sup>

Nicolò Zanon aponta que a teoria constitucional que surgiu da ideia e da prática revolucionária jacobina é diametralmente oposta à teoria do governo representativo, baseada na independência e na irresponsabilidade da Assembleia e de seus membros. O mandato imperativo impõe uma presença direta do povo, tomado como povo concreto, na tomada de decisão política.<sup>644</sup>

A ideia de representação, no entanto, pressupõe um mínimo de liberdade na atuação. A utilização do mandatário como um instrumento aniquila a relação de representação, ao menos em seu sentido substancial, de representação como atividade. Ressalta Hanna Pitkin que a promoção do interesse do representado na atividade de representação pressupõe que esse seja capaz de ação e julgamento e que não se oponha ao que está sendo feito. O conteúdo da representação deve levar em conta os interesses do mandatário, ainda que a atuação do

---

<sup>641</sup> Reinhold Zippelius chega a fazer uma contraposição entre a exigência de votação aberta no Parlamento, derivada dos vínculos de lealdade dos representantes e da publicidade de sua atuação e o núcleo da representação livre: o voto secreto evitaria “a tutela através dos vínculos partidários e de interesses” (Ibid., p. 271-272).

<sup>642</sup> Carré de Malberg igualmente questiona a ideia de representação, pois quando o corpo legislativo emite a vontade da nação na realidade a constrói e não a representa. Assim a Assembleia é o órgão da vontade legislativa da Nação, que a origina com independência, sem subordinação a uma vontade anteriormente formada. A vontade emitida pelo corpo legislativo é inatacável pelos cidadãos, é uma vontade autônoma. O autor opõe o governo representativo à democracia (MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*. Tradução: José León Depetre. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001 [1922], p. 938-942 e 916). Também Sieyès distingue o concurso direto para a formação da lei (democracia) e o concurso mediato (governo representativo). Em VEGA, Pedro de. *Significado constitucional de la representación política*. Op. cit., p. 31. Não obstante, em respeito à terminologia adotada pelo constituinte, os termos “representação” e “mandato” serão utilizados nesse trabalho com o conteúdo que lhes empresta a Constituição de 1988.

<sup>643</sup> MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*. Op. cit., p. 925-928. Afirma ainda Carré de Malberg que a relação se inverte: não é a vontade do povo que determina a vontade do representante, mas a vontade do representante é assumida previamente pelo povo como sua vontade (p. 1034). O desenvolvimento do regime representativo francês posterior à Revolução, no entanto, implicou a incorporação de elementos que desviaram um tanto essa independência – o sufrágio universal (masculino), a publicidade das deliberações e a possibilidade de reeleição dos deputados levam a uma maior influência do corpo eleitoral sobre o corpo legislativo (p. 1054 e seguintes). Para Angel Garrorena Morales, no entanto, as transformações na representação levaram à intensificação e ao aprofundamento dos pressupostos burgueses do instituto: dificuldade de converter a Nação em sujeito, a concepção de Benjamin Constant da liberdade dos modernos, a concepção de Sieyès de divisão especializada do trabalho (GARRORENA MORALES, Angel. *Representación política y Constitución democrática*. Op. cit., p. 20 e ss).

<sup>644</sup> ZANON, Nicolò. *Il libero mandato parlamentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 10-12.

representante eventualmente pareça contradizê-los. O representante deve ser responsivo e justificar sua atuação.<sup>645</sup>

Esse dever de justificação, no entanto, como apontado anteriormente, não é um dever jurídico. A atuação do representante em sua atividade é apenas parcialmente regulada pelo Direito, sem que se atinja, no entanto, o seu conteúdo para além dos limites constitucionais. Por isso não pode haver, no sistema brasileiro, qualquer tipo de determinação sobre o conteúdo da relação de representação.

Ressalta Maria Garcia que o mandato representativo, implantado na modernidade, caracteriza-se pela independência do representante, que “não está sujeito a nenhuma instrução ou determinação preexistente”. Para a autora, essa configuração enfraquece a representação política, a noção de autodeterminação e o exercício de cidadania.<sup>646</sup> Esse é, no entanto, o modelo assumido pelo constitucionalismo moderno, marcado por Parlamentos liberais com função de direção política e caracterizados como um poder deliberativo, o que exige “plena liberdade decisional dos representantes”.<sup>647</sup>

O conceito de representação política e a concepção do papel do deputado indicam a relação do representante com todo o povo. Sua legitimidade deriva da eleição, seus poderes decorrem da Constituição e não há nenhuma vinculação a instruções de seus eleitores.<sup>648</sup>

Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra se referem à teoria do mandato discricionário, em que o mandatário atua sem nenhum tipo de restrição: “O mandato é auferido pela população, mas durante o exercício de suas prerrogativas, os representantes são livres para tomar as decisões políticas de acordo com suas próprias consciências”.<sup>649</sup>

O órgão constitucional representativo, formado pelo povo a partir de um procedimento democrático, age “autonomamente em nome do povo e para o povo”, afirma José Joaquim Gomes Canotilho. O autor, entretanto, ressalta que a legitimidade do órgão representativo

---

<sup>645</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. The concept of representation. Op. cit., p. 155. Adiante, a autora afirma: “*representing here means acting in the interest of the represented, in a manner responsive to them. The representative must act independently; his action must involve discretion and judgement; he must be the one who acts. The represented must also be (conceived as) capable of independent action and judgement, not merely taken care of. And, despite the resulting potential for conflict between representative and represented about what is to be done, that conflict must not normally take place. The representative must act in such a way that there is no conflict, or if it occurs an explanation is called for*” (p. 209).

<sup>646</sup> GARCIA, Maria. *Desobediência civil: Direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 227-229. A autora sublinha a inexistência no sistema brasileiro da revogação de mandato, o que reafirma a “completa dissociação entre a vontade do representante e do representado”, “de tal sorte que a representação deixa de apresentar qualquer conotação que o termo faça supor” (p. 228).

<sup>647</sup> URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar*. Op. cit., p. 87 e 89.

<sup>648</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III – Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Op. cit., p. 233.

<sup>649</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. Op. cit., p. 49.

deriva também do conteúdo de seus atos, revelando um momento normativo, composto pela atuação do representante no interesse dos cidadãos e a capacidade de perceber os desejos e as necessidades dos representados e decidir de acordo com isso, e que se manifesta por um “processo dialético entre representantes e representados”.<sup>650</sup>

No mesmo sentido, o pensamento de Carlos Santiago Nino, dentro de sua concepção deliberativa de democracia: para que faça sentido em uma teoria epistêmica, que vê a discussão pública como elemento central da democracia, a representação política deve ser como uma delegação para permitir a continuidade do debate iniciado na campanha eleitoral. Os representantes devem, portanto, atuar comprometidos com as opiniões dos eleitores e refletir coletivamente o eleitorado.<sup>651</sup>

Essa responsabilidade é, no entanto, política e não jurídica: os representantes “respondem politicamente perante o povo que lhes delegou poderes, que lhes entregou um mandato para ser cumprido” e que renova periodicamente esse mandato ou não, dependendo do desempenho do representante.<sup>652</sup>

A Constituição brasileira incorpora tal concepção e embora se refira a mandato eletivo, não há que se inferir daí uma vinculação jurídica entre o representante e o eleitor, ou entre o deputado e o conjunto de cidadãos. Inexiste relação representante/representado depois da designação.<sup>653</sup> Não há transferência de poder, pois o corpo eleitoral apenas nomeia os ocupantes dos órgãos de soberania: o poder desse órgão deriva da Constituição e se exerce, livremente, nos limites nela instituídos.<sup>654</sup>

Isso não revela, no entanto, uma concepção de representantes políticos como parte de uma classe de especial sabedoria, capaz de ler com maior acuidade as questões públicas e decidir, com uma razão imaculada, em nome do povo. A atuação livre do representante deriva de uma autorização – livre, imaculada – para tanto.

---

<sup>650</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 287-288.

<sup>651</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op. cit., p. 235-236. Embora o autor se refira aos instrumentos de democracia direta e entre eles à revogação de mandato, não faz sua defesa e nem o insere em suas propostas para a implementação da democracia deliberativa.

<sup>652</sup> ATALIBA, Geraldo. Mudança da Constituição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 86, p. 181-186, abr./jun. 1988, p. 182-183.

<sup>653</sup> GARRORENA MORALES, Angel. *Representación política y Constitución democrática*. Op. cit., p. 44.

<sup>654</sup> MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*. Op. cit., p. 930-933 e 982-985. Reinhold Zippelius afirma que a formação da vontade dos representantes é “imputada ao povo, ou, melhor dito, à comunidade organizada num Estado”. A escolha dos representantes pelo povo é ao mesmo tempo o fundamento legitimador do seu poder e o instrumento para que as decisões não se afastem da vontade da maioria do povo (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 238).

A escolha da composição da representação política pelo corpo eleitoral apresenta uma dupla face: tem um componente pessoal-plebiscitário e outro material-plebiscitário.<sup>655</sup> Esse segundo elemento pode vir a restringir o princípio da liberdade para o exercício do mandato, ao vincular a atuação do representante a um programa partidário. A Constituição de 1988 prevê essa restrição ao indicar como conteúdo necessário dos estatutos dos partidos políticos normas de disciplina e fidelidade partidárias. Isso não chega a configurar, no entanto, um mandato imperativo mesmo que de vínculo partidário, visto não haver possibilidade de anular a atuação do representante quando em desconformidade com o partido – as sanções se limitam a admoestações internas ou à exclusão dos quadros da agremiação.

A possibilidade de revogação dos mandatos eletivos em determinados regimes políticos é elemento essencial para a configuração democrática e genuína da representação política.<sup>656</sup> Sua aplicação ampla, para além de critérios objetivos, não parece se coadunar, no entanto, com a adoção do mandato representativo livre.

Javier Pérez Royo indica a configuração do mandato político na Constituição de Cádiz (1812) e a fixação das características da representação política, reverso da representação jurídica: o Parlamento é um órgão independente e central da organização constitucional do Estado, a representação política é fonte de legitimação do poder, a representação se relaciona com os cidadãos em âmbito geral, “*la elección del parlamentario es irrevocable hasta la finalización del mandato*” e o parlamentar deve, politicamente, prestar contas.<sup>657</sup>

A percepção da democracia em termos negativos – corretamente não assumida pela Constituição brasileira – ressalta a democracia como um mecanismo de seleção, no qual os procedimentos constitucionais deslegitimadores (como a revocatória de mandato eletivo, a responsabilidade política e a destituição) rivalizam em importância com os procedimentos eleitorais legitimadores.<sup>658</sup>

---

<sup>655</sup> Segundo análise de Reinhold Zippelius (Ibid., p. 243).

<sup>656</sup> Como, por exemplo, na Revolução Russa e durante a Comuna de Paris. Ver VEGA, Pedro de. “Significado constitucional de la representación política”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 44 (marzo-abril 1985), p. 24-44. Roberto Scarciglia afirma que não há incompatibilidade entre o mandato livre e a revogação de mandato, pois essa pode configurar um instrumento de democracia direta destinado a afastar representante que abusaram de suas prerrogativas (SCARCIGLIA, Roberto. *Il divieto di mandato imperativo*. Contributo a uno studio di diritto comparato. Op. cit., p. 87).

<sup>657</sup> PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 394-395. O autor ressalta que ainda hoje “*el parlamentario sigue teniendo un mandato representativo y es un representante de la nación e no del partido*”.

<sup>658</sup> Conforme a conceituação de Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 285). Maria Garcia defende a adoção da “cassação de mandatos” a partir da adoção do sistema distrital para possibilitar ao cidadão manifestar sua vontade após a eleição. Para a autora, “[v]oto sem possibilidade de cassação é direito incompleto, inconcebível numa democracia” (GARCIA, Maria. “Democracia e o modelo representativo”. In: GARCIA, Maria (org). *Democracia, hoje*. Op. cit., p. 79).

A revogabilidade dos mandatos eletivos, embora desejável do ponto de vista do controle dos representados sobre os representantes – essencial para a configuração de um regime democrático –, não poderia ser adotada no Brasil, pela eleição do princípio da liberdade para o exercício do mandato e pela configuração jurídica da representação política.

Além disso, ao menos em relação aos mandatários eleitos pelo princípio proporcional, há a impossibilidade de configurar o universo de eleitores capazes de retomar o mandato conferido pela confiança.<sup>659</sup> Isso, ainda, contraria o comando constitucional que determina que os parlamentares representam o povo e não apenas o seu eleitorado. Não há, no sistema constitucional brasileiro – assim como na maioria das democracias contemporâneas –, a admissão normativa da representação de interesses individuais ou parciais.

Uma possibilidade seria a dissolução de toda a casa legislativa, de toda a representação, a partir de uma manifestação de quebra de confiança dos representados. Em um país de democracia pluralista, com múltiplas agremiações partidárias, a ameaça constante de dissolução do Parlamento pode levar a uma instabilidade institucional, sem contar com a sempre possível manipulação do instituto pelos poderes não institucionais.

Tampouco é coerente estabelecer que uma parcela do eleitorado possa revogar um mandato que, ao menos segundo a sua configuração jurídica, representa todo o povo. Não há representação parcial, de interesses ou de grupos. A noção jurídica da representação afasta a possibilidade jurídica da revogação de mandatos.

Mandato, para Manuel Aragón Reyes e José Luis López, “*se configura como un instrumento institucionalizado cuya finalidad se orienta a la participación indirecta de los ciudadanos en los asuntos públicos*”, o que nada diz sobre o conteúdo da relação de representação ou da sua possibilidade de sua revogação. Para os autores, o mandato representativo tem como característica essencial sua irrevogabilidade.<sup>660</sup>

A ausência de instrumento jurídico para o controle da relação de representação política e do exercício do mandato pelos representados revela uma noção jurídica de representação que se confunde com a autorização, dada pelo processo eleitoral, para o exercício do mandato, por tempo certo, sem qualquer conteúdo e sem qualquer previsão de responsabilidade jurídica. A questão parece, ao mesmo tempo, árida para o Direito e antipática para a política. Faz-se necessário talvez pensar uma forma de controle, que não exceda dos princípios constitucionais, que não aniquile a liberdade para o exercício do mandato. Além disso, de

---

<sup>659</sup> Para Burno Accarino, a remissão à confiança, componente da delegação e da deputação, mostra-se como um mecanismo de redução de complexidade nas grandes democracias (ACCARINO, Bruno. *Rappresentanza*. Op. cit., p. 42).

<sup>660</sup> ARAGÓN REYES, Manuel; LÓPEZ, José Luis. Revocatoria del mandato. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 1141-1146, p. 1141-1142.

alguma maneira, para que esse controle exista, é necessário estabelecer mais um espaço de intersecção entre o campo jurídico e o campo político, com os riscos aí inerentes. Não parece democrático regulamentar intensamente a arena política, mas tampouco se mostra satisfatória a “auto-regulação do mercado político”.

Não se mostra suficiente a alegação de que a possibilidade de não renovação da confiança, quando na renovação do vínculo pela reeleição. O cidadão, soberano segundo o texto constitucional, pode escolher entre os candidatos indicados pelos partidos políticos, em número superior ao montante de cadeiras a preencher. Se isso lhe garante uma certa liberdade para a recusa de renovação de mandatos quando não há uma ordem pré-estabelecida pelo partido, no caso da adoção da lista bloqueada, em que o voto se dá exclusivamente no partido, até mesmo esse controle frágil se esvai.

A noção de democracia em Norberto Bobbio como poder em público pode servir como fundamento de controle da representação política.<sup>661</sup> A renovação ou não da relação de confiança, para ser um mecanismo de constrição do exercício do mandato, exige uma ampla gama de informações sobre o comportamento do mandatário, em suas diversas atividades. O acompanhamento das votações e da participação do representante nas comissões parlamentares, a divulgação das ações judiciais e disciplinares a que responde, bem como de sua evolução patrimonial, são essenciais para a formação de um juízo sobre a conveniência de manter um mandatário no cargo por mais um período.

A divulgação desses dados não pode ficar nas mãos apenas dos meios de comunicação social, que têm interesses nem sempre coincidentes com o interesse público.<sup>662</sup> As instituições públicas devem publicar de maneira clara e direta essas informações, indispensáveis para a formação consciente do voto, permitindo o efetivo acompanhamento dos votos dos mandatários, incrementando suas páginas no sítio das casas parlamentares na internet, com informações a respeito de sua posição nas votações e sobre processos a que respondam. Dessa maneira, até mesmo as previsões de tutela do eleitor, com a exclusão da disputa eleitoral de candidatos não cãndidos, tornam-se discipiendas. O próprio eleitor pode avaliar a conformidade da atuação do mandatário com suas propostas de campanha, analisando se ainda permanece merecedor de sua confiança.

Claro que para isso se supõe um cidadão consciente e um eleitor interessado. Mas a Constituição permite – e até impõe – essa suposição, ao assumir o ideal republicano.

---

<sup>661</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e a lição dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 386 e ss.

<sup>662</sup> Para Paulo Bonavides, impõe-se democratizar a mídia, para impedir que se mantenha como força de sustentação do *status quo* (BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47).

A irrevogabilidade dos mandatos eletivos impõe-se ao povo, soberano representado pelos mandatários, e aos partidos, instrumentos para a formação do corpo representativo. As agremiações partidárias não têm à sua disposição os mandatos nem é a sua vontade que se exterioriza nos debates parlamentares.

Essa não parece ser a opinião de Orides Mezzaroba e de Antônio Carlos Mendes. Para o primeiro, “a vontade do Estado é edificada pelo embate político entre as vontades partidárias, que por sua vez canalizam as vontades individuais”,<sup>663</sup> o que sugere a exigência de total fidelidade do representante ao programa do partido pelo qual foi eleito. Segundo Antônio Carlos Mendes, o partido é o protagonista do processo eleitoral no Direito brasileiro e, portanto, a representação deve ser tomada como representação partidária. Deduz isso da exigência da filiação partidária como uma das condições de elegibilidade.<sup>664</sup>

A leitura da Constituição não permite essas conclusões. Deriva dos princípios constitucionais estruturantes a liberdade para o exercício dos mandatos e sua irrevogabilidade.

Se a perda de mandato, pela leitura constitucional, está para além do alcance dos partidos, a possibilidade de concorrer novamente ao cargo está totalmente vinculada à análise da conveniência pelas agremiações partidárias. O mandatário não detém o direito de pleitear, por si, um novo mandato. A filiação partidária e a necessária escolha em convenção são indispensáveis para que o representante possa buscar uma renovação da relação de confiança com o eleitor.

---

<sup>663</sup> O autor constrói a sua convicção a partir da crença na democracia partidária, pois afirma o deslocamento do debate político “para o interior dos partidos, onde a vida intrapartidária permite a livre e democrática participação direta da sociedade em ampla escala” (MEZZAROBÀ, Orides. *O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea*. Op. cit., p. 98). Sua opinião decorre do que parece ser sua filiação à teoria orgânica do partido político, em que a organização partidária não se destina apenas e principalmente à conquista de mandatos, mas a formar consciências, configurando um “espaço de luta e conscientização política” (MEZZAROBÀ, Orides. *O Partido Político no Brasil: teoria, história, legislação*. Joaçaba: UNOESC, 1995, p. 29).

<sup>664</sup> MENDES, Antônio Carlos. Representação proporcional (estudo de um caso). In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89-102, p. 100.

## 2.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO “MANDATO PARTIDÁRIO”

Aqui cabe ainda uma rápida incursão a respeito dos partidos políticos e sua apropriação pelo texto constitucional, para fundamentar o princípio da liberdade para o exercício do mandato.<sup>665</sup>

Partido político, para Edmund Burke, é “*un grupo de hombres unidos para fomentar, mediante acciones conjuntas, el interés nacional, sobre la base de algún principio determinado en el que todos están de acuerdo*”.<sup>666</sup> Para Pinto Ferreira, os partidos são “grupos sociais, geralmente regulados pelo direito público, vinculando pessoas que, tendo a mesma concepção sobre a forma desejável da sociedade do Estado, se congregam para a conquista do poder político, para efeito de realizar um determinado programa”.<sup>667</sup>

Javier Pérez Royo aponta três fases da relação do Estado com os partidos políticos. Na gênese do Estado contemporâneo (final do século XVII na Inglaterra e final do século XVIII na Europa Continental), as agremiações partidárias eram vistas como um “mal absoluto”, incompatíveis com a intenção de concentrar e monopolizar o poder. Com o regime parlamentar liberal, passam a ser vistos como um “bem desejável”, a partir da visão de Burke e tendo como premissa a defesa pelos partidos do interesse nacional e a seleção dos membros mais aptos da sociedade. E com o Estado democrático, o partido torna-se um “mal necessário”, com a extensão do direito de sufrágio.<sup>668</sup>

Os partidos políticos tornam-se elemento essencial da representação política, principalmente na democracia de massas. A juspublicística alemã indica esse protagonismo dos partidos<sup>669</sup> e sua indispensabilidade para operacionalizar a democracia de massas, tornando-se um canal entre a vontade do povo e a vontade do Estado. Gustav Radbruch, lido por Manuel García-Pelayo, afirma que o Estado democrático é necessariamente um Estado de partidos e nesse contexto o povo soberano é formado por grupos e os eleitores são membros

---

<sup>665</sup> Não se fará aqui uma digressão a respeito da história ou da importância dos partidos políticos no Brasil. Sobre o tema, ver as obras de Orides Mezzaroba (MEZZAROBA, Orides. Gramsci e a hegemonia. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Gramsci e as relações internacionais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 7-26). MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. MEZZAROBA, Orides. *O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea*. Op. cit., p. 59-101. MEZZAROBA, Orides. *O Partido Político no Brasil: teoria, história, legislação*. Op. cit.).

<sup>666</sup> BURKE, Edmund. *Pensamientos sobre las causas del actual descontento*. Op. cit., p. 289. Embora o autor veja com estranheza a existência de parlamentares independentes, afirma que é indigna a servidão cega de um homem às opiniões de seu partido (p. 290-291).

<sup>667</sup> PINTO FERREIRA, Luiz. *Manual prático de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 15.

<sup>668</sup> PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 397-403.

<sup>669</sup> Georg Jellinek critica o domínio dos partidos, afirmando que os dirigentes partidários se mostram como donos do país, falseando as decisões da massa, formando uma oligarquia que persegue interesses mesquinhos (JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução: Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 75-76).

ou seguidores de um partido e não personalidades individuais e “*el diputado no es una personalidad solamente vinculada a su conciencia y no sometida al mandato imperativo, sino que es un ejemplar del género partido*”.<sup>670</sup>

Maurizio Fioravanti sublinha a mudança na concepção de partido político, ocorrida a partir dos anos trinta do século XX, e que vai se refletir na Constituição italiana, ainda que não plenamente. À noção de partido como uma associação, ainda que particular, sem qualquer função política além de ajudar na escolha dos representantes, que marca o Estado liberal, se contrapõe a uma visão do partido político como um órgão de formação da vontade política, indispensável para permitir que uma sociedade plural e de interesses construa um regime político e se submeta a uma Constituição. O partido político deixa de ser visto como *societas*, configura antes uma *universitas*, uma instituição informada pela tarefa de realizar uma determinada visão do interesse público. Tal visão combina com um olhar ético-político sobre os partidos, vistos como capazes de se fazer Estado, de educar os cidadãos e desenvolver neles o amor pelo Estado, que une e disciplina.<sup>671</sup>

Esse papel constitucional dos partidos, de permitir que a Constituição funcione em uma sociedade formada por interesses organizados contrapostos, permitindo a unidade em meio à pluralidade, a garantia e a ordem, já havia sido ressaltado por Maurizio Fioravanti. O

---

<sup>670</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza Editorial, 1996 [1986], p. 33-37.

<sup>671</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione e popolo sovrano*. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2004. A história dos partidos políticos italianos após a Constituição de 1948 é analisada em NICOLOSI, Gerardo (a cura di). *I partiti politici nell'Italia repubblicana*. Soveria Mannelli: Rubbettino Editore, 2006. No Brasil, o Código Eleitoral de 1932 (Decreto 21.076) se refere diversas vezes a partido político e afirma, em seu artigo 99 que “Consideram-se partidos políticos para os efeitos deste decreto: 1) os que adquirirem personalidade jurídica, mediante inscrição no registo a que se refere o art. 18 do Código Civil; 2) os que, não a tendo adquirido, se apresentarem para as mesmos fins, em carater provisório, com um mínimo de 500 eleitores; 3) as associações de classe legalmente constituídas”. Há uma referência aos partidos políticos no parágrafo nono do artigo 170 da Constituição de 1937 (“o funcionário que se valer da sua autoridade em favor de Partido Político, ou exercer pressão partidária sobre os seus subordinados, será punido com a perda do cargo, quando provado o abuso, em processo judiciário”), mas a definição de partido vem no Decreto-lei 7.586/45, que traz um título específico e dispõe, em seu artigo 109: “Toda associação de, pelo menos, dez mil eleitores, de cinco ou mais circunscrições eleitorais, que tiver adquirido personalidade jurídica nos termos do Código Civil, será considerada partido político nacional”. Legalmente há mais duas exigências: âmbito nacional (art.110, § 1º) e observância dos princípios democráticos e dos direitos fundamentais (art. 114). A Constituição de 1946 insere no capítulo dos direitos e garantias fundamentais o dispositivo (art. 141 §13: “É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem”); prevê a imunidade tributária dos partidos (art. 31 V,b), assegura a representação proporcional dos partidos nas casas parlamentares (art. 40, parágrafo único), e dispõe em seu artigo 134 que “O sufrágio é universal e, direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer”. A Constituição de 1967 apresenta um capítulo dedicado aos partidos políticos (art. 149), assim como a Constituição de 1969 (art. 152). A Constituição de 1988 os prevê em capítulo próprio e os configura como pessoas jurídicas de direito privado, como sustentava ser mais adequado Tito Costa desde 1967 (COSTA, Tito. Natureza jurídica do partido político no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 81-90, jul./set. 1967). Adhemar Ferreira Maciel afirma que no Brasil “o partido político é uma dádiva da lei”: “o partido político foi dado pela lei; pela lei é alterado; pela lei já andou até sendo tirado...” (MACIEL, Adhemar Ferreira. Partidos políticos: propaganda eleitoral. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 82, p. 174-178, abr./jun. 1987, p. 174-178).

autor afirma, no entanto, que logo os partidos se mostraram inaptos para a realização dessa tarefa, não sustentando nem a unidade nem a diferença.<sup>672</sup>

Pedro de Vega aponta a mudança no instituto da representação quando da organização dos partidos políticos e de sua constitucionalização, deixando de ser essencialmente individualista e permitindo uma ponte entre o representante e o representado a partir desses espaços de convergência de interesses. O mandato, no entanto, não perde seu caráter representativo. O autor, contudo, aponta uma mutação constitucional revelada pelo comportamento dos mandatários, que, além de não se desvincularem dos partidos pelos quais foram eleitos, atuam de acordo com as determinações partidárias, não fazendo uso das suas faculdades constitucionais que lhe garantem a liberdade para o exercício do mandato. Em eventual conflito entre partido ou mandatário, não obstante, deve ser reconhecido o comando constitucional e o princípio clássico da representação.<sup>673</sup>

Para Manuel García-Pelayo, as funções dos partidos na realização da democracia de massas são: mobilizar as massas para a participação e integração no processo democrático; transformar as orientações e atitudes políticas de setores sociais em programas de ação política nacional; selecionar as demandas dos eleitores e integrá-las em propostas coerentes de ação; prover informações, em linguagem acessível, sobre os problemas nacionais; proporcionar aos eleitores a escolha de representantes para as casas legislativas; e organizar sua pluralidade de recursos pessoais e materiais para a consecução de seus objetivos.<sup>674</sup>

O papel dos partidos na formação da vontade coletiva é tratado anteriormente por Antonio Gramsci, que os vê como intelectuais coletivos capazes de propagar e organizar uma reforma intelectual e moral. O partido é o protagonista do novo Príncipe, aquele que “pretende (e está racional e historicamente destinado a este fim) fundar um novo tipo de Estado”. Aduz, ainda, que três elementos são necessários para a existência de um partido político: “um elemento difuso, de homens comuns, médios, cuja participação é oferecida pela

---

<sup>672</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione*. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 211-213. Afirmando que contemporaneamente nem o Estado e nem os partidos possibilitam o encontro de um ponto médio entre a unidade e a pluralidade, e ressaltando a necessidade de encontrar uma outra via para permitir essa “feliz ambivalência”, o autor sugere: “*Che sia per caso ancora il tempo dei giuristi?*”.

<sup>673</sup> VEGA, Pedro de. *Significado constitucional de la representación política*. Op. cit., p. 35 e 40-41. O autor aponta a prática de assinatura de uma renúncia em branco quando o candidato é incluído na lista partidária, na Espanha e na França (p. 42). Note-se que não se fala em renúncia tácita. Ainda, afirma que a renúncia anterior ao mandato é válida se não houver declaração posterior do representante em sentido contrário. Não há obrigação jurídica que leve à perda do mandato por abandono do partido ou pela expulsão, mas existe uma obrigação moral (p. 44).

<sup>674</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Op. cit., p. 73-84. Para Cláudio Lembo, as funções dos partidos são: estruturação das atividades atinentes ao voto, função integradora-mobilizadora e participativa, recrutamento do pessoal político, agregação de interesses e demandas e formação de políticas públicas (LEMBO, Cláudio. *Participação política e assistência simples no Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 62).

disciplina e pela fidelidade, não pelo espírito criador e altamente organizativo”; “o elemento de coesão principal (...) uma força altamente coesiva, centralizadora e disciplinadora”; “um elemento médio, que articule o primeiro como o segundo elemento, colocando-os em contato não só ‘físico’, mas moral e intelectual”. Um partido não pode existir por força própria.<sup>675</sup>

As agremiações partidárias atuam duplamente na representação política, “enquadrando” eleitores e eleitos, ressalta Maurice Duverger. Os eleitores são enquadrados ideologicamente, no desenvolvimento da consciência política dos cidadãos promovida pelos partidos e quando são limitados à escolha entre candidatos pré-selecionados pelos partidos. Os eleitos são enquadrados pelo contato permanente com os eleitores por intermédio dos militantes partidários e pela disciplina partidária.<sup>676</sup>

A extensão do direito de voto faz crescer os orçamentos partidários e o custo das eleições, e o aparato partidário ganha em importância. Jürgen Habermas ressalta a substituição das reuniões partidárias pela propaganda sistemática que desde o princípio exhibe a “máscara de Janus de iluminismo e manipulação, informação e publicidade, didatismo e manipulação”. O partido passa a tentar “integrar”, buscando uma conquista pontual dos eleitores e “incita-os à aclamação, sem mexer na imaturidade política deles”. O autor ainda ressalta que a instrumentalização dos partidos e seu domínio pelos chefes partidários levam à substituição do processo de formação da vontade política “intermediado pela formação da opinião de um público pensante” pela imposição da vontade da cúpula partidária, transformando os deputados em funcionários dos partidos que levam ao Parlamento decisões já tomadas.<sup>677</sup>

---

<sup>675</sup> GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Tradução: Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991 [1949], p. 6-7, 22 e 26. Em uma visão contemporânea, da teoria econômica da democracia de Anthony Downs, os partidos são vistos como “uma equipe de homens que buscam controlar o aparato de governo, obtendo cargos numa eleição devidamente constituída”, sendo característica de uma equipe a concordância dos membros sobre todas as suas metas, em uma “ordem única e consistente de preferência”. A ideologia partidária é apenas uma arma na disputa do poder, que serve como um “atalho” para a conquista do voto. Os atores políticos são os eleitores, os partidos e os grupos de interesses. Nesse modelo, “racional no sentido econômico”, os eleitores tomam suas decisões de maneira racional e os representantes são vinculados aos partidos políticos (DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução: Sandra Gardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999 [1957], p. 46-47 e 117).

<sup>676</sup> DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos*. Instituições Políticas e Direito Constitucional – I. Op. cit., p. 77-83.

<sup>677</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984 [1961], p. 237-240. A análise contemporânea dos partidos equatorianos por Cesar Montufar pode ser aplicada ao panorama brasileiro: “*los partidos ecuatorianos funcionan más como maquinarias electorales, orientadas a permitir acceso a la toma de decisiones públicas por parte de grupos particulares, que como canales efectivos de intermediación y articulación de intereses diversos. Se trata de organizaciones capacitadas para ganar elecciones, grupos estructurados para poner en marcha campañas electorales y desplegar actividades proselitistas, que posibilitan que quienes los patrocinan accedan a cargos, recursos e influencia estatal. Algo así como participar en elecciones se convierte en una vía de acceso directo o indirecto a espacios de poder por parte de grupos sin vocación para expresar proyectos o visiones colectivas*” (MONTUFAR, Cesar. Antipolítica, representación y participación ciudadana. *Ecuador Debate*, Quito, n. 62,

Max Weber descreve o funcionamento real dos partidos e apresenta o eleitor afastado de qualquer atividade partidária. Ele só é lembrado durante as eleições. A discussão ideológica é afastada do espaço público e ocorre apenas entre os maiores dirigentes,<sup>678</sup> em face da burocratização partidária. A política no interior das casas parlamentares deixa de ser exercida por todos os seus membros e passa a ser fruto da negociação entre os líderes. Os partidos são financiados por contribuições regulares e pelo mecenato partidário.<sup>679</sup> Os partidos, para o autor, lutam menos pela consecução de metas objetivas do que para controlar a distribuição de empregos.<sup>680</sup>

Pierre Bourdieu aduz que o monopólio partidário da “produção e da imposição dos *interesses políticos instituídos* lhes deixa a possibilidade de imporem os seus interesses de mandatários como sendo os interesses dos mandantes”.<sup>681</sup> Em uma visão mais positiva desse cenário, Norberto Bobbio afirma que o partido é o meio termo da relação entre eleitor e o eleito: “o eleitor é apenas autor, o eleito é apenas ator, enquanto o partido é ator em relação ao eleitor, autor em relação ao eleito”. As características do mandato livre nessa segunda relação se esvaem. O autor afirma que em uma democracia de massa os partidos são os soberanos, mas limitados pela escolha dos eleitores.<sup>682</sup>

Defensor da fidelidade partidária em seu viés mais forte, Augusto Aras reconhece a “fragilidade das estruturas partidárias, desprovidas em grande parte, de definições ideológicas transparentes”. Apesar de defender a titularidade partidária do mandato, o autor assume que os partidos “carecem de princípios doutrinários consistentes que possam embasar suas ações e fidelizar os simpatizantes”.<sup>683</sup>

---

ago. 2004. Disponível em: [www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm](http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm). Acesso em: 03 mar. 2009).

<sup>678</sup> Para Jônatas Machado, a disciplina partidária combinada com formas não-públicas de negociação e decisão política-parlamentar reduz o componente deliberativo da democracia, o que exige um papel crucial dos meios de comunicação, desde que controlados democraticamente (MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 80).

<sup>679</sup> WEBER, Max. *Parlamento e governo na Alemanha reordenada: crítica política da burocracia e da natureza dos partidos*. Tradução: Karin Bakke de Araújo. Petrópolis: Vozes, 1993 [1918]. capítulos 2 e 5. Para o autor, o Parlamento garante transparência na administração, o controle sobre o orçamento e o aconselhamento e a aprovação de leis – funções insubstituíveis em qualquer democracia. A única saída para a oposição honesta aos Parlamentos seria a decisão sobre promulgação de leis por plebiscitos, sempre limitados a respostas monossilábicas.

<sup>680</sup> WEBER, Max. A política como vocação. In: \_\_\_\_\_. *Ciência e Política*. Duas vocações. Tradução: Jean Meville. São Paulo: Martin Claret, 2002 [1919], p. 59-124. O autor analisa criticamente a dinâmica partidária estadunidense e denuncia a despolitização do Parlamento a partir da elaboração das listas de candidatos pelos partidos.

<sup>681</sup> BOURDIEU, Pierre. A representação política. Elementos para uma teoria do campo político. In: \_\_\_\_\_. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 163-207, p. 168.

<sup>682</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e a lição dos clássicos. Op. cit., p. 470-471.

<sup>683</sup> ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda de mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 176. Pergunta-se: fidelidade a que deve ter o representante? Às tênues linhas programáticas?

Orides Mezzaroba afirma que na democracia representativa “partidária” brasileira a vontade política é construída nos partidos políticos e que “as atividades do partido no Parlamento devem refletir unicamente a vontade dos seus membros”, e o Parlamento, como o Estado, deve “reproduzir fielmente a vontade dos partidos, por representarem a própria sociedade”.<sup>684</sup> Isso se mostra incoerente com o tratamento constitucional dos partidos políticos, que os caracteriza como “*mera associação*”, como afirma Monica Herman Salem Caggiano,<sup>685</sup> ainda que lhes reserve o monopólio para a indicação de candidatos e lhes inclua entre os legitimados para acionar o controle concentrado de constitucionalidade.

Eduardo Machado Carrion afirma que os partidos políticos mostram-se um “instrumento fundamental de organização, na articulação do jogo político e na mediação política entre o Estado e a sociedade civil”. A partir dessa função dos partidos, o autor afirma a configuração de uma “democracia de partidos”. Aduz, ainda, que apesar da perda de exclusividade dos partidos na participação política, as agremiações mantêm seu “papel de primeira grandeza”. Ressalta, no entanto, como o faz Monica Herman Salem Caggiano, que a Constituição “não consagra explicitamente, textualmente, diretamente, a função de formação e organização da vontade popular por parte dos partidos políticos”.<sup>686</sup>

Parece, portanto, que a configuração democrática desenhada pela Constituição de 1988 é uma democracia com partidos, e não uma democracia de partidos, apesar da afirmação contrária de Orides Mezzaroba.<sup>687</sup>

Em face do ordenamento constitucional anterior, Pinto Ferreira expressamente afirma: “A cadeira parlamentar é do partido, e não especificamente do deputado, senador, vereador”.<sup>688</sup> Luiz Navarro de Britto denuncia a instauração pela Constituição de 1969, com o

---

<sup>684</sup> MEZZAROBA, Orides. *O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea*. Op. cit., p. 98-99. Essa compreensão se ajusta com a compreensão do autor a respeito do papel do partido político em Gramsci: representação política e “desenvolvimento da consciência política de seus integrantes e, a partir deles, do grupo como um todo” (MEZZAROBA, Orides. *Gramsci e a hegemonia*. Op. cit., p. 17).

<sup>685</sup> CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. Barueri: Manole, 2004, p. 143 e 145.

<sup>686</sup> CARRION, Eduardo Machado. Partidos políticos e organização partidária. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, p. 132-137, p. 132, 133 e 136.

<sup>687</sup> “O princípio democrático subjacente ao requisito político do pluralismo permite afirmar que a partir da Constituição de 1988, uma Democracia representativa partidária foi formalmente instaurada no país”. Afirma, ainda, o autor: “toda vontade estatal deve formalmente ser construída a partir da ação dos partidos políticos” (MEZZAROBA, Orides. O partido político no Brasil: princípios constitucionais balizadores para criação e funcionamento. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luis (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 45-60, p. 46 e 48).

<sup>688</sup> PINTO FERREIRA, Luiz. *Manual prático de Direito Eleitoral*. Op. cit., p. 104.

agravamento pela Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei 5.682/71),<sup>689</sup> de “uma forma ‘sui-generis’ de mandato imperativo partidário, dentro do multipartidarismo”. Não se trata de determinar uma organização das correntes de opinião e controlar a autenticidade de sua manifestação: as “diretrizes estabelecidas” e registradas no Tribunal Superior Eleitoral, às vezes assinadas por seis membros da Comissão Nacional Provisória, determinavam o voto em um sentido a ser definido pelas “lideranças”. Os mandatários sequer tinham conhecimento prévio de suas “instruções”. Tal configuração, com “propósitos ditos ‘pedagógicos’” e com vistas ao fortalecimento dos partidos, ofendem, para o autor, o regime representativo e a soberania popular e submetem os mandatos eletivos a oligarquias partidárias.<sup>690</sup> Isso não vigora mais.<sup>691</sup> Há uma gritante alteração da normativa constitucional.

Não obstante, Gilmar Mendes defende a fidelidade partidária, com a extensão emprestada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, a partir da filiação partidária como condição de elegibilidade e da adoção do sistema proporcional. Aduz até à “deixa” que tinha dado no julgamento sobre a cláusula de barreira: “Em voto proferido na ocasião, fiz questão de expor posicionamento pessoal sobre o tema, afirmando a necessidade da imediata revisão do entendimento jurisprudencial adotado pelo Tribunal desde o julgamento do MS 20.927”.<sup>692</sup> Trata-se, segundo Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, da configuração de um mandato imperativo de partido a partir de uma fonte jurisprudencial.<sup>693</sup>

Ao tratar da realidade constitucional espanhola, Pedro de Vega afirma que, embora a Constituição espanhola proíba expressamente o mandato imperativo, a vinculação dos

---

<sup>689</sup> Vale trazer a ressalva de Cláudio Lembo: “A Lei Orgânica dos Partidos Políticos, revogada, em parte, pela Constituição de 1988, é datada de 21 de julho de 1971. Conseqüentemente, o processo legislativo atinente a esta norma transcorreu em pleno regime autoritário, quando vigia o Ato Institucional nº 5” (LEMBO, Cláudio. *Participação política e assistência simples no Direito Eleitoral*. Op. cit., p. 73 nr 19).

<sup>690</sup> BRITTO, Luiz Navarro. O mandato imperativo partidário. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 56, p. 147-153, jan. 1983, p. 147-153.

<sup>691</sup> Ainda que Ricardo da Costa Tjader afirme que “os cargos de Deputado Federal são dos partidos, de acordo com a aceitação que suas idéias tiveram e, apenas em segundo plano, dos candidatos mais votados de cada partido, que não pode, assim, deles gozarem livremente e os perderão se não mantiverem mais vínculo com o respectivo partido, porque uma troca de partido que seja fere o princípio proporcional posto na Constituição e temos nós que procurar, mesmo que não expressa na lei, uma construção para fazer cumprir esta proporcionalidade posta na Constituição” (TJADER, Ricardo da Costa. *Enfoques jurídico-políticos das trocas de partidos*. ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, p. 155-165; 174-175.). De igual maneira, Augusto Aras: “No quadro normativo atual – Código Eleitoral, arts. 106 a 109, c.c. art. 17, § 1º da Carta Magna de 1988 – o mandato é antes de tudo do partido” (ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda de mandato parlamentar*. Op. cit., p. 164).

<sup>692</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 771 e 772. Nada como o princípio da inércia jurisdicional para garantir a limitação da jurisdição constitucional...

<sup>693</sup> URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. Titularidade do mandato parlamentar. A propósito da Resolução n.º 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral Brasileiro. *Revista de Direito Público e Regulação*, Coimbra, n. 2, p. 121-133, jul. 2009, p. 125.

mandatários aos programas partidários e a disciplina partidária férrea acabam por aniquilar o modelo representativo de mandato.<sup>694</sup>

Karl Loewenstein já havia feito essa advertência no contexto alemão. O autor, mais favorável à voz do povo do que às instruções partidárias, aduz que o mandato imperativo proibido pelas constituições se introduz na prática pela sujeição do representante à disciplina partidária, com inobservância da Constituição, indicando a perda de prestígio do texto constitucional.<sup>695</sup>

O vínculo “imperativo” do representante com o partido político, ressalta Roberto Scarciglia, pode se dar negocialmente (a partir da aceitação pelo parlamentar da disciplina do partido e com o estabelecimento de uma obrigação de deixar o mandato à disposição da agremiação partidária) ou convencionalmente (que decorre da prática parlamentar, sem fonte legal). As “renúncias em branco” não são aceitas pelos tribunais europeus e a existência de um mandato imperativo convencional não tem configuração jurídica.<sup>696</sup>

Os defensores do mandato partidário, ou da concepção de uma relação jurídica vinculativa entre partido e representante em relação à atuação do mandatário, dão à fidelidade partidária um alcance bastante amplo, em franca dissonância com os textos constitucionais contemporâneos, notadamente com a Constituição brasileira.

Nesse sentido apresenta-se o pensamento de Gustav Radbruch, conforme Manuel García-Pelayo: o fato de o deputado eleger-se por conta de seu vínculo a um partido político cria uma *naturalis obligatio* entre o deputado e o partido, fazendo ceder seu julgamento pessoal em face da postura do partido. Ainda que não haja um reconhecimento jurídico dessa relação, ela deriva da existência e das atribuições dos partidos e a atuação do representante em oposição a ela leva à destruição de sua carreira política. A posição de Manuel García-Pelayo também se inclina nessa direção, ao afirmar que no Estado de partidos os ocupantes de cargos políticos devem obedecer aos critérios do partido e que assim a vontade dos partidos se transubstancia em vontade do Estado. O autor é enfático ao afirmar que a atuação do deputado na tomada de decisões está restrita ao âmbito da deliberação partidária: em sua atuação parlamentar está vinculado totalmente à vontade do partido. O espaço de decisão é deslocado para os partidos e o Parlamento se revela uma Câmara de partidos. Mas realça que juridicamente o parlamentar não está sujeito a mandato imperativo do partido nem o grupo

---

<sup>694</sup> VEGA, Pedro de. *Significado constitucional de la representación política*. Op. cit., p. 37.

<sup>695</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 204-205 e 227. Para o autor, “[l]as constituciones, a la manera de los avestruces, tratan a las asambleas legislativas como si estuviesen compuestas de representantes soberanos y con libre potestad de decisión, en una atmósfera desinfectada de partidos” (p. 445).

<sup>696</sup> SCARCIGLIA, Roberto. *Il divieto di mandato imperativo*. Contributo a uno studio di diritto comparato. Op. cit., p. 74.

pode afastar o representante de seu mandato, ainda que possa excluí-lo das futuras listas apresentadas ao eleitorado.<sup>697</sup>

Também nesse sentido a opinião de Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, que ressalta que é desnecessário impor juridicamente a proibição do mandato imperativo entre partido e representante e que o partido dispõe de meios para uma punição jurídica do infiel, com a exclusão de seus quadros ou com a não indicação como candidato. Aponta, no entanto, que “[a] alternativa hoje existente é entre um mandato imperativo de eleitores ou de terceiros, como grupos econômicos, grupos de pressão, etc., ou um mandato imperativo de partido”.<sup>698</sup>

Não parece razoável reduzir o deputado ou o senador a um repetidor no Parlamento de uma vontade já formada no âmbito do partido político. Isso retiraria o caráter deliberativo das casas parlamentares e transformaria o mandatário em um funcionário,<sup>699</sup> voz de uma vontade alheia, executor de uma vontade anterior,<sup>700</sup> não do povo, mas de um “colégio de líderes”,<sup>701</sup> diametralmente oposto ao caráter que lhe empresta o governo representativo.

Ressalte-se que, conquanto a Constituição traga em seu bojo a figura da fidelidade partidária,<sup>702</sup> trata-se de um instituto que, embora tenha o mesmo nome, não se confunde com o previsto no regime constitucional anterior. Revela-se mais como uma relação interna entre o mandatário e o partido político, que não pode chegar a desvirtuar o mandato representativo.<sup>703</sup>

O texto constitucional remete ao estatuto dos partidos políticos o tratamento da fidelidade e da disciplina partidárias. A Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95) traz em seu

---

<sup>697</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Op. cit., p. 36, 87-88 e 95-96.

<sup>698</sup> URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar*. Op. cit., p. 194 e 777.

<sup>699</sup> Essa parece ser a ideia de Assis Brasil, conforme sua definição de democracia: “Eu chamo Democracia ao facto de tomar um povo parte efectiva no estabelecimento das leis a que obedece e na nomeação dos funcionários que têm de executá-las e de administrar o interesse público” (ASSIS BRASIL, J-F. de. *Democracia representativa: do voto e do modo de votar*. Paris/Lisboa: Guillard, Aillaud & Cia., 1895, p. 29-30).

<sup>700</sup> Assim conceitua funcionário, em oposição a representante, Carré de Malberg (MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*. Op. cit., p. 970 e ss).

<sup>701</sup> Com a vinculação do deputado à fidelidade partidária, um colégio de líderes decidirá os temas mais relevantes da Nação, conforme Alberto Rollo e João Fernando Lopes de Carvalho (ROLLO, Alberto e CARVALHO, João Fernando Lopes de. *Fidelidade partidária e perda de mandato*. Op. cit., p. 21).

<sup>702</sup> Em texto do início da década de oitenta, Nelson de Sousa Sampaio afirma: “Ainda se deve aduzir que não é compreensível nem aconselhável a imposição de fidelidade partidária quando os Partidos quase não se distinguem em seus programas” (SAMPAIO, Nelson de Sousa. *A justiça eleitoral. Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 34, p. 111-153, jul. 1972, p. 150). Nada demonstra que essa situação alterou-se nesses anos. Ao contrário, parece ter se acentuado.

<sup>703</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária: estudo de caso*. Op. cit., p. 27. O autor é enfático: “Nem se pode, ademais, transformar o parlamentar em mero autômato, em boca sem vontade, destinado apenas a expressar, sem independência e violentando a consciência e a liberdade de convicção, as deliberações tomadas pelos órgãos partidários, nem sempre constituídos por titulares de mandatos conferidos pelo eleitorado” (p. 26). No mesmo sentido, a argumentação de Nelson de Sousa Sampaio (SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Perda de mandato por infidelidade partidária? Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 76, p. 135-152, out./dez. 1982, p. 135-152 e SAMPAIO, Nelson de Sousa. *A justiça eleitoral*. Op. cit., p. 114-119, p. 149). Neste segundo texto, Nelson de Sousa Sampaio afirma que a fidelidade partidária imposta pelo governo militar não é fruto de cálculo político, “mas inspiração de um teorismo idealizante” (p. 150).

capítulo quinto disposições sobre a fidelidade e a disciplina partidárias,<sup>704</sup> estabelecendo as punições que podem ser aplicadas pelos partidos, desde que expressamente previstas em seu estatuto. A disciplina está definida no artigo 24 da lei: subordinação da ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários.

David Fleischer e Leonardo Barreto trazem um estudo da disciplina partidária no Congresso Nacional nos seis governos posteriores ao regime militar (considerando desde o governo Sarney até a primeira metade do primeiro governo Lula). A média da disciplina chega a 92,8% no segundo governo de Fernando Henrique Cardoso, sendo que os parlamentares do Partido dos Trabalhadores seguem as determinações do partido em 98,9% das vezes. O menor índice se dá no governo Sarney (88%), com o menor índice sendo observado no Partido Trabalhista Brasileiro (79,5%). Os autores ressaltam que os interesses estaduais se sobrepõem à determinação dos partidos em matérias tributárias e orçamentárias.<sup>705</sup> No entanto, por esses dados, a disciplina partidária não é um problema para a democracia brasileira.

A questão se coloca quando do abandono do partido: a infidelidade partidária. A Constituição estabelece, ao silenciar, que não cabe perda de mandato eletivo. A Lei dos Partidos determina a sanção em seu artigo 26: perda de cargo ou função que exerça na casa legislativa em virtude da proporção partidária.

Mais do que isso seria inserir no texto constitucional brasileiro, uma “cláusula tchecoslováquia”, inspirada pelo modelo soviético e inserida na Constituição da Tchecoslováquia após a Revolução de 1917, na lei eleitoral iugoslava de 1921 e na lei eleitoral austríaca de Tirol de 1933, com a perda do mandato do trânsfuga, sob o pretexto de

---

<sup>704</sup> Art. 23. “A responsabilidade por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo competente órgão, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido. § 1º Filiado algum pode sofrer medida disciplinar ou punição por conduta que não esteja tipificada no estatuto do partido político. § 2º Ao acusado é assegurado amplo direito de defesa.

Art. 24. Na Casa Legislativa, o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto.

Art. 25. O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito.”

<sup>705</sup> FLEISCHER, David; BARRETO, Leonardo. Reformas políticas y democracia en Brasil. In: ZOVATTO, Daniel; HENRÍQUEZ, J. Jesús Orozco (Coord.). *Reforma política y electoral en América Latina (1978-2007)*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México e Idea Internacional, 2008, p. 315-352, p. 332-333.

reforçar a estabilidade do governo e de moralizar a vida política, com a sanção dos “traidores” dos eleitores, a partir de um julgamento da perda de mandato por um Tribunal eleitoral.<sup>706</sup>

Para Augusto Aras, a fidelidade partidária corresponde à lealdade a um partido político e a observância do programa partidário e das decisões tomadas pelos seus conselhos. A disciplina, para o autor, é mais ampla.<sup>707</sup> O instituto da fidelidade partidária, afirma o autor, é necessário para evitar o desvirtuamento dos resultados do sistema proporcional e para fortalecer os partidos políticos, levando a uma maior estabilidade dos governos.<sup>708</sup>

Possivelmente o seja. Mas esse não é o desenho constitucional.

A fidelidade partidária, constante no dispositivo constitucional referente aos partidos políticos, mostra-se um instrumento de coesão das agremiações partidárias, mas tem como limites a natureza da representação, o respeito aos direitos fundamentais dos mandatários, o respeito à finalidade do instituto da fidelidade e a vedação à cassação dos direitos políticos.<sup>709</sup> Novamente com Manuel García-Pelayo, a previsão constitucional de mandato livre garante juridicamente a liberdade de juízo e de voto do representante – ainda que, politicamente, a decisão de atuar independentemente das instruções do partido reflita altos custos, até sua exclusão da classe política.<sup>710</sup>

Assim, ainda que se considere essencial o papel dos partidos políticos na democracia contemporânea – não mais entendida como uma democracia de partidos, mas uma democracia com partidos –, não se pode ignorar o princípio constitucional da liberdade para o exercício do mandato, que veda qualquer tipo de mandato imperativo. A relação do representante desleal ou desobediente com o partido pode ter reflexos políticos, uma vez que os partidos mantêm o filtro de escolha dos candidatos. Mas não tem consequências jurídicas para além das previstas na Lei dos Partidos Políticos e nos estatutos.

A partir da estrutura política espanhola, de listas fechadas e bloqueadas e com franco protagonismo dos partidos políticos, Pedro de Vega acentua que, sob a realidade político-

---

<sup>706</sup> Sobre o assunto, ver SCARCIGLIA, Roberto. *Il divieto di mandato imperativo*. Contributo a uno studio di diritto comparato. Op. cit., p. 77 e seguintes.

<sup>707</sup> ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda de mandato parlamentar*. Op. cit., p. 142.

<sup>708</sup> Ibid., p. 113. Vale ainda acentuar a opinião de Óscar Sánchez Muñoz: “*Ciertamente, la estabilidad política es un objetivo en sí legítimo y compatible con el orden constitucional, pero no todo puede supeditarse a la estabilidad, y cuando los medios puestos al servicio de dicho objetivo amenazan con menoscabar principios constitucionales como la igualdad de oportunidades entre los competidores electorales* [e, acrescentando-se, como a liberdade para o exercício do mandato, a autenticidade da representação e a necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas], *comprometiendo en suma la propia libertad de elección de los ciudadanos. Entonces, la saludable estabilidad puede degenerar en un peligroso anquilosamiento para el sistema democrático*”. SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 231.

<sup>709</sup> Essa a apreciação de Clèmerson Merlin Clève. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária: estudo de caso*. Op. cit., p. 31.

<sup>710</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Op. cit., p. 100.

sociológica, a relação de representação se estabelece com os partidos. Ressalta, no entanto, que a proibição do mandato imperativo e a absoluta liberdade do mandatário revelam a titularidade pessoal da cadeira parlamentar.<sup>711</sup>

Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, extremamente contrária à defesa de uma total independência dos representantes, afirmando a necessidade de adequação da conduta do mandatário à dinâmica parlamentar e partidária e ressaltando os partidos como protagonistas na aquisição, no desempenho e na perda do mandato parlamentar, sublinha que a titularidade do mandato é do parlamentar e que a sua aquisição e conservação são dimensões essenciais do direito de sufrágio passivo.<sup>712</sup>

Até mesmo esse alegado protagonismo dos partidos políticos parece questionável. Enquanto Manuel García-Pelayo apresenta três fases na sequência das formas democráticas: democracia direta, democracia representativa e democracia de partidos,<sup>713</sup> Juan Abal Medina afirma que atualmente a democracia revela um modelo eleitoral, que sucede o modelo de massas, em que as agremiações partidárias representavam grupos determinados, marcados por características que eram o cerne da ideologia partidária.<sup>714</sup> Para Bernard Manin, a democracia hoje é “de audiência”, com a eleição dos representantes sendo informada por suas imagens e com uma atuação dos políticos como criadores de preferências e não seus porta-vozes.<sup>715</sup>

Essa “representação de todos os interesses” pretendida pelos partidos *catch-all*<sup>716</sup> leva a uma hiper-representatividade, sobre-representatividade ou des-representatividade, com a existência de alianças parlamentares e um amplo leque de posições possíveis de serem

---

<sup>711</sup> VEGA, Pedro de. *Significado constitucional de la representación política*. Op. cit., p. 38-39. Para o autor, no entanto, isso demonstra uma contradição: a titularidade e a liberdade do mandato do representante se opõe à lógica da democracia de partidos e do sistema proporcional.

<sup>712</sup> URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento*: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar. Op. cit., p. 103, 145 e 237. A autora defende a preservação do resultado eleitoral e afirma que essas dimensões do direito de sufrágio passivo podem ceder em face de outros direitos estabelecidos pelo constituinte (p. 238 e 241). Vale ressaltar que a perda de mandato por transferência de partido está prevista no texto constitucional português.

<sup>713</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Op. cit., p. 83.

<sup>714</sup> Juan Abal Medina afirma que no modelo de massas (que vai de 1910 a 1970) os partidos se organizam em torno de grupos pré-políticos (trabalhadores, católicos, camponeses, entre outros) e as diferenças entre eles tende a assinalar diferenças sociais. O autor aponta ainda que a esse modelo de protagonismo dos partidos corresponde o sistema eleitoral proporcional. (ABAL MEDINA, Juan. *La muerte y la resurrección de la representación política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 69-93). Jairo Nicolau afirma que o século XX foi o século de ouro dos partidos. Com a mudança da estrutura social e o esmaecimento dos conflitos de classe, somados à revolução das comunicações, à massificação do acesso ao ensino, às novas formas de participação política e à atuação dos movimentos sociais, os partidos perdem gradativamente seu espaço de atuação na sociedade. Para o cientista político, o Estado atual como um imã, magnetizando os partidos e os afastando da sociedade (NICOLAU, Jairo. *Os desafios dos partidos políticos no Brasil*. Palestra proferida no curso Curto Pensar – SESC-PR, Curitiba, 06 out. 2009).

<sup>715</sup> MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Op. cit., p. 274-276.

<sup>716</sup> Partidos onde há dissolução do perfil ideológico, com a apresentação de um programa vago, sem enfoque especializado, pretendendo alcançar votos de todos os lugares (AGUILERA DE PRAT, Cesareo R. *Problemas de la democracia y de los partidos en el Estado social*. Op. cit., p. 113).

tomadas, em face da impossibilidade de se definir a linha ideológica dos partidos. Por conta disso, a dinâmica parlamentar pode levar a uma desestabilização partidária. Além disso, mostra-se irreversível a crise da função pedagógica dos partidos, tanto em relação à inexistência de uma compressão de mundo a oferecer aos eleitores como ao reconhecimento da “irrepresentatividade” de muitas instâncias sociais e ideais.<sup>717</sup>

Na democracia contemporânea a perda da centralidade da política<sup>718</sup> e a sociedade fragmentada (de interesses fragmentados, que não mais se comunicam) não mais se identificam com partidos de forte conotação ideológica. Os partidos passam a dissolver seu programa e sua imagem, buscando atingir o maior número possível de adeptos.<sup>719</sup> As siglas pouco significam e podem ser facilmente intercambiadas.

Mas os partidos ainda existem e permanecem com um papel relevante nos sistemas constitucionais. Juan Abal Medina aponta, no entanto, a crescente autorreferencialidade do sistema político e do sistema partidário em face do desinteresse do cidadão, e até de sua concepção negativa de política, e o lugar central da opinião pública.<sup>720</sup> A opinião pública<sup>721</sup> atua de forma a determinar ao mesmo tempo a aceitação e a justificação do poder do Estado democrático, cumprindo o papel essencial de legitimação.<sup>722</sup>

Se os partidos são indispensáveis para a democracia – seja por questões de fundo, seja por fatores apenas instrumentais – isso não implica, necessariamente, uma relação de

---

<sup>717</sup> ACCARINO, Bruno. *Rappresentanza*. Op. cit., p. 159-160 e 162. Uma análise sobre a dificuldade dos partidos políticos para a formação e manutenção de uma identidade coletiva a partir da pluralidade de interesses dos indivíduos e o conseqüente surgimento de associações representativas não-partidárias pode ser encontrada em LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. São Paulo, 2006. 249f. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. item 3.1.

<sup>718</sup> Zygmunt Bauman sublinha que neste momento (que o autor identifica como pós-modernidade ou “modernidade líquida”) a individualidade é privatizada e se mostra como antiliberdade e que a separação entre poder e política se revela sob o nome de globalização (BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000).

<sup>719</sup> Realidade também percebida por Manuel García-Pelayo, mas que para esse autor não implica o abandono da democracia de partidos

<sup>720</sup> Juan Abal Medina aduz que os governos atuais estão em consonância com o novo perfil do cidadão e que aquilo que “*seguimos llamando democracias, con su pluralidad de partidos y elecciones periódicas, se parece cada día más al ideal ‘posmo’ del autoservicio o del centro comercial: lugares fríos e impersonales en los que nadie irá a buscar el ‘sentido de su vida’, pero donde todos nos sentimos más o menos cómodos*” (ABAL MEDINA, Juan. *La muerte y la resurrección de la representación política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 105-114).

<sup>721</sup> Jürgen Habermas trata da história da opinião pública, tomando-a como cristalização do autoentendimento da função da esfera pública e aponta o surgimento da expressão na segunda metade do século XVIII, embora indique que anteriormente já havia na Inglaterra o termo *general opinion* (HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Op. cit., p. 110 e 41). Jônatas Machado aponta a origem da opinião pública algumas décadas antes da Revolução Francesa, a partir das ideias iluministas e da invenção da imprensa, com a criação de uma esfera não teológica de discussão pública, formada pelas reuniões de poetas, cientistas e filósofos (MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 51-52).

<sup>722</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Op. Cit., p. 346-347.

representação entre eleitores e partidos. O sujeito da representação é o mandatário, ainda que precise estar vinculado a um partido político para concorrer ao cargo eletivo.

No sistema constitucional brasileiro, os partidos políticos são figuras importantes do sistema político,<sup>723</sup> principalmente em face da adoção do princípio proporcional.<sup>724</sup> Mas não tão centrais a ponto de titularizarem a relação de representação política.<sup>725</sup> São meios para a construção dessa relação, mas não para a sua manutenção.

A afirmação de que os partidos são os titulares dos mandatos e que a infidelidade partidária é uma fraude à vontade do eleitor parte de uma premissa equivocada: a de que o eleitor escolhe o representante confiando na realização das propostas do partido político ao qual o candidato é filiado.

O Brasil não é um Estado de partidos, a não ser que se compreenda essa expressão, simplesmente, como o reconhecimento constitucional das agremiações partidárias que monopolizam a apresentação de candidaturas.<sup>726</sup> Quando se nega a configuração da democracia brasileira como uma democracia partidária, afirma-se que os partidos políticos não protagonizam as decisões políticas, as construções de visões de mundo ou de projetos políticos.

Não se afirma aqui que os partidos não devem protagonizar o debate político. Sustenta-se que não protagonizam. Além disso, deve-se ressaltar que a Constituição não os coloca nessa posição. Assim, ao menos no âmbito do dever-ser juridicamente considerado – e

---

<sup>723</sup> Não parece haver, no entanto, espaço para se afirmar que o Brasil vigora uma “partidocracia”, ainda que Fernando Gustavo Knoerr aponte alguns institutos (voto obrigatório, financiamento público dos partidos, distribuição de cargos na Administração Pública vinculados aos partidos, vedação às candidaturas independentes e influência partidária nos meios de comunicação social) como seus instrumentos (KNOERR, Fernando Gustavo. *Fidelidade partidária: o controle ético no exercício do mandato*. Curitiba, 2002. 305f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 132-135).

<sup>724</sup> Para Gilberto Amado, “[s]em os partidos, a representação proporcional é um aparelho morto, uma usina parada. Será uma construção aérea, um castelo oco erguido no ar como essas arquiteturas tecidas nas nuvens pelo sonho” (AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999 [1931], p. 73). O autor se dedica ao tema, afirmando que os partidos são grupos que buscam soluções para problemas, captando as correntes da opinião pública, mas ressalva que possuem uma função essencialmente eleitoral em sistemas presidencialistas. Enfatiza, no entanto, que sem os partidos “as massas desorientadas não saberão como votar; o seu voto, por mais bem apurado que seja, não terá significação alguma” (p. 108-109, 111 e 122).

<sup>725</sup> Para analisar a centralidade ou não dos partidos políticos na formação da vontade eleitoral, vale examinar o conteúdo dos programas partidários e eleitorais nos meios de comunicação de massa. Há, ao que parece, uma primazia da imagem em relação ao conteúdo da mensagem, e essa imagem não é vinculada a uma entidade abstrata (o partido), mas se refere a pessoas concretas, os candidatos ou potenciais candidatos (ver MIGUEL, Luís Felipe. Mídia e opinião pública. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 331-341, p. 331-341).

<sup>726</sup> Essa talvez seja a única forma de compreender a afirmação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho de que desde 1946 o Brasil vive uma democracia de partidos, característica que não se afastou nem durante a vigência da “Revolução de março” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saravia, 1984, p. 7 e 210). Certamente uma forma bastante peculiar de entender “democracia” e “democracia de partidos”.

não a partir de uma visão perfeccionista – a realidade política brasileira não está tão distante da previsão normativa.

Partindo-se dessa premissa, a fidelidade partidária e a natureza do mandato devem ser entendidas de acordo com o ordenamento constitucional dispõe – e não em conformidade com o que se deveria ter estipulado, sob pena de ser comprometida a força normativa da Constituição não apenas nesta matéria, mas em outras também.<sup>727</sup>

Celso Ribeiro Bastos aponta que fidelidade partidária importa o dever do mandatário de não deixar o partido e não se opor às diretrizes, enquanto disciplina se refere à fidelidade ao programa e aos objetivos, o respeito às regras do estatuto e aos deveres, bem como a observância de um comportamento probo no exercício do mandato e de funções partidárias. Para o autor, a fidelidade que está na Constituição de 1988 é distinta da fidelidade do texto anterior, que configurava “um reencontro com o mandato imperativo”. E aduz: “Jamais institutos técnicos-jurídicos poderão se substituir plenamente à força sancionadora do eleitorado que é, ainda, o mais legítimo”.<sup>728</sup>

Sublinha Fernando Gustavo Knoerr que a compreensão da infidelidade partidária como hipótese de perda de mandato, além de indicar um certo retorno ao modelo de mandato imperativo, beneficia os interesses das cúpulas partidárias, que podem ser influenciadas por interesses inclusive externos. Afirma que tal visão implica o afastamento da liberdade para o exercício do mandato, o que “elimina a possibilidade da diferença, da divergência, que de há muito fundamenta a democracia”. Aduz, ainda, que a representação da vontade dos partidos pelos mandatários viola a noção de representação política.<sup>729</sup>

A aceitação dessa visão de fidelidade partidária ofende o quarto princípio constitutivo dos governos democráticos – a submissão das decisões políticas a um processo de debate.<sup>730</sup>

A titularidade do mandato eletivo é do representante e não dos partidos, pois esse é o desenho constitucional. Trasladar essa titularidade para as agremiações partidárias, apesar do texto constitucional, é negar o que o constituinte diz. Pensar em um direito fundamental – como o direito de sufrágio passivo – como um direito vinculado a uma entidade supra-individual não parece harmonizar-se com o ordenamento jurídico brasileiro. Corre-se o risco, ainda, de trazer elementos corporativos para a sociedade.

---

<sup>727</sup> Conforme a sabedoria popular, porteira onde passa um boi, passa uma boiada.

<sup>728</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 613-615.

<sup>729</sup> KNOERR, Fernando Gustavo. *Fidelidade partidária: o controle ético no exercício do mandato*. Op. cit., p. 98-99 e 247. Para o autor, a fidelidade partidária que impõe a perda de mandato pode levar também à redução da efetividade do controle do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo (p. 228).

<sup>730</sup> Conforme os princípios apontados por Bernard Manin, já apresentados (MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Op. cit., p. 17).

Augusto Aras defende desde 2006 a possibilidade de perda de mandato por infidelidade partidária sem a necessidade de alteração da Constituição, indicando a necessidade de “dar efetividade às normas do artigo 17 §1º/CF e dos estatutos que a prevêm”. O autor afasta os óbices de não previsão da hipótese do artigo 15<sup>731</sup> (afirmando que outras hipóteses aceitas tampouco o estão, como a que determina a perda de mandato por captação ilícita de sufrágio) e do artigo 55,<sup>732</sup> afirmando que esse dispositivo constitucional se refere à atividade parlamentar e não à atividade partidária do mandatário, defendendo a impossibilidade de interpretação extensiva para alcançar a relação do representante com o partido.<sup>733</sup>

Um exercício argumentativo não enfrentado por Marcos Ramayana, que escreve depois da decisão do Poder Judiciário. O autor expressamente afirma que “[a] Resolução [22.610/07 do Tribunal Superior Eleitoral que “regulamenta” o processo de decretação de perda de mandato por desfiliação partidária sem justa causa] demanda urgente alteração dos arts. 17 e 55 da Constituição Federal para sua adequação aos novos rumos e diretrizes da jurisprudência e preservação do sistema eleitoral, que se afigura em certo molde ao da lista fechada”<sup>734 735</sup>.

---

<sup>731</sup> Art. 15. “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

<sup>732</sup> Art. 55. “Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

<sup>733</sup> ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda de mandato parlamentar*. Op. cit., p. 251, 312, 316 e 322. Auro Augusto Caliman afirma, em sentido contrário, que embora a fidelidade esteja prevista no artigo 17, ela não consta nos artigos 55 e 56, e afirma que essa “por ora, parece ser a certeza jurídica, até que seja, eventualmente, incluída a fidelidade partidária no rol das hipóteses de perda de mandato”. A saída, apontada pelo autor, seria aproveitar a abertura do dispositivo constitucional sobre o decoro parlamentar e estabelecer, no regimento interno das casas legislativas, o abandono do partido como hipótese de quebra de decoro (CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato parlamentar*. Aquisição e perda antecipada. Op. cit., p. 123 e 141).

<sup>734</sup> RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 9. ed, rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 319. O autor elogia a consulta que deu origem aos mandados de segurança e à resolução: “a edição da consulta foi altamente moralizadora e serviu para apressar a votação da Reforma Política no Brasil” (p. 304).

<sup>735</sup> O Senado Federal aprovou em 17 de outubro de 2007 – com as duas votações acontecendo no mesmo dia, com intervalo de minutos – a Proposta de Emenda à Constituição 23/07, que afirma a titularidade partidária dos mandatos (inserindo o inciso V no artigo 17), adiciona parágrafos (o sexto com a seguinte redação: “Perderá automaticamente o mandato o membro do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que se desfiliar do partido pelo qual tenha sido eleito, salvo no caso de extinção, incorporação ou fusão do partido político”), trata do procedimento de perda de mandato para cargos do Poder Executivo e insere um inciso no artigo 55, que trata da perda de mandato de deputado ou senador (“VII – que se desfiliar do partido político pelo qual tenha sido eleito, salvo no caso de extinção, incorporação ou fusão”). A proposta de emenda à Constituição recebeu o número 182/2007 na Câmara de Deputados e está parada desde 1º de abril de 2008 na Comissão de Constituição e Justiça, com parecer pela sua admissibilidade.

Ou seja: impõe-se modificar a Constituição para que ela se adapte à decisão do Poder Judiciário. Depois de anos de críticas às alterações constitucionais para que o texto maior se conformasse às políticas de governo, agora se apresenta um novo flanco de batalha: as alterações silenciosas – ou nem tanto – dos magistrados, que desprezam as decisões constituintes para construir uma Constituição “melhor e mais coerente” com o seu próprio pensamento. E quem nos salvará dos salvadores?

### 2.3 A IMPOSSIBILIDADE DE PERDA DE MANDATO POR DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA

Outro aspecto do desenho constitucional do princípio eleitoral da liberdade para o exercício do mandato está na ausência de previsão de perda de mandato por desfiliação do partido político pelo qual o representante foi eleito.<sup>736</sup>

A Constituição portuguesa prevê a hipótese de perda de mandato por “transfugismo”: o representante que deixa o partido pelo qual foi eleito e passa a compor os quadros de outra agremiação se sujeita à perda de mandato.<sup>737</sup> O abandono do partido, sem inscrição posterior em outro, não importa o afastamento do mandato, em face do “princípio da tipicidade das causas de perda de mandato”, apontado por Maria Benedita Malaquias Pires Urbano.<sup>738</sup>

Esse ponto da questão colide com o “desvelamento” pelo Poder Judiciário brasileiro da imposição constitucional da perda de mandato para o representante que se desfilia do partido pelo qual foi eleito, como decorrência da adoção do sistema proporcional para a eleição de deputados e vereadores,<sup>739</sup> em evidente contradição com o texto e com o significado da Constituição, como será demonstrado.

---

<sup>736</sup> A perda de mandato está expressamente regulada pela Constituição e somente pode dar-se nas hipóteses taxativamente previstas (CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato parlamentar*. Aquisição e perda antecipada. Op. cit., p. 192).

<sup>737</sup> Constituição da República Portuguesa. Artigo 160.º Perda e renúncia do mandato. “1. Perdem o mandato os Deputados que: a) Venham a ser feridos por alguma das incapacidades ou incompatibilidades previstas na lei; b) Não tomem assento na Assembleia ou excedam o número de faltas estabelecido no Regimento; c) Se inscrevam em partido diverso daquele pelo qual foram apresentados a sufrágio; d) Sejam judicialmente condenados por crime de responsabilidade no exercício da sua função em tal pena ou por participação em organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista. 2. Os Deputados podem renunciar ao mandato, mediante declaração escrita”.

<sup>738</sup> A autora ressalta a necessidade de previsão expressa da perda de mandato na Constituição (URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento*: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar. Op. cit., p. 243).

<sup>739</sup> O Tribunal Superior Eleitoral, com o amparo do Supremo Tribunal Federal, acabou por estender a perda de mandato por infidelidade partidária também para os eleitos pelo sistema majoritário por meio da resposta à Consulta 1407. Ressalta Roberto Scarciglia: “*La perdita del mandato elettorale, come ogni altra forma di cessazione, è da ritenersi legittima soltanto nelle ipotesi in cui la stessa sai prevista dalla legge in modo*

A fidelidade partidária surge no cenário constitucional brasileiro com a Constituição de 1969,<sup>740</sup> que traz em seu artigo 35 uma quinta hipótese de perda de mandato de deputado ou senador, ao lado da infração aos impedimentos e proibições constitucionais, da quebra de decoro parlamentar (somado ao procedimento “atentatório das instituições vigentes”, não previsto no texto anterior), do não comparecimento à terça parte das sessões ordinárias da casa legislativa (mais da metade, segundo a Constituição de 1967), e da perda ou suspensão dos direitos políticos (apenas a perda estava prevista no texto constitucional anterior): a prática de atos de infidelidade partidária.<sup>741</sup> A descrição desses atos é prevista no parágrafo único (parágrafo quinto após a Emenda Constitucional 11/78) do artigo 152 da Constituição de 1969: oposição, por atitudes ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelo partido ou abandono do partido pelo qual foi eleito. A perda de mandato é decretada pela Justiça Eleitoral mediante representação do partido, assegurada a ampla defesa.

Para que se perpetue a memória das coisas, a inserção desse dispositivo no texto constitucional coincide com um período de restrição das liberdades, de tentativa de aniquilamento da esfera política e de empobrecimento do debate público. A ditadura impõe a dissolução dos partidos políticos com o Ato Institucional 2, de 27 de outubro de 1965 e no mesmo dia edita o Ato Complementar 1 que criminaliza a manifestação política de pessoas com os direitos políticos cassados. Com o Ato Complementar 4, de 20 de novembro do mesmo ano, permite a criação pelos membros do Congresso Nacional de agremiações (que não podem utilizar o nome “partido”, símbolo, nome, legenda ou sigla de partidos anteriores) e cria também a sublegenda, alterando o sistema eleitoral com vistas a enfraquecer uma eventual oposição, tudo com previsão apenas para a eleição de 1966. Em 13 de dezembro de

---

*tassativo*” (SCARCIGLIA, Roberto. *Il divieto di mandato imperativo*. Contributo a uno studio di diritto comparato. Op. cit., p. 143). Para o autor, a sanção jurídica ao trãnsfuga, com exceção de Portugal, se dá apenas nos países que adotam o modelo socialista e naqueles autoritários ou com forte caracterização religiosa, como o Iraque e o Afeganistão (p. 156).

<sup>740</sup> A denominada “Emenda Constitucional 1, de 1969” será tratada nesse texto como “Constituição de 1969”, pois reescreve todo o texto constitucional. Trata-se, assim, de nova Constituição, outorgada pelo regime de exceção. Acompanha-se o argumento de Nelson de Sousa Sampaio, de que a “emenda” não foi feita segundo a Constituição, nem pelo órgão competente, nem pelo procedimento prescrito: “Sob o nome de emenda, o que a Junta [Militar] fez foi outorgar uma nova Constituição, não importando que o seu conteúdo coincida, na maior parte, com o da Carta política de 1967”. SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Perda de mandato por infidelidade partidária?* Op. cit., p. 151.

<sup>741</sup> Nelson de Sousa Sampaio afirma que a regra da fidelidade partidária era inconstitucional em face da própria Constituição de 1969 que a previa, tendo como premissa a possibilidade de incongruências na mesma “camada normativa” e a existência de normas de pesos ou importâncias diferentes dentro da Constituição. Dessa maneira, a regra de fidelidade partidária cederia em face das normas que estatuíam a soberania popular, a inviolabilidade dos parlamentares, a liberdade de convicção, a configuração dos parlamentares como representantes do povo, o regime representativo e democrático e o princípio da legalidade (Ibid., p. 135-152). Para Lauro Barreto, a fidelidade partidária, ao lado do voto vinculado, da prorrogação de mandatos, dos casuísmos eleitorais e dos senadores e prefeitos biônicos, entre outros, configura um artifício jurídico do golpe de 64 (BARRETO, Lauro. *Investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo*. Bauru: Edipro, 1999, p. 17 e 18).

1968 vem o Ato Institucional 5, com os seus *consideranda* e sua suspensão da Constituição de 1967 atingindo o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e as garantias individuais.

Com o Congresso em recesso, o assim autodenominado poder revolucionário outorga aquela Constituição que estabelece a fidelidade partidária.<sup>742</sup> No ano seguinte, a Lei Complementar 5 estabelece os casos de inelegibilidades, incluindo uma hipótese “contagiosa”: são inelegíveis os cassados por atos institucionais e seus cônjuges (!). Além disso, impõe a inelegibilidade daqueles “que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial,<sup>743</sup> instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio (...) enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados” (artigo 1º, I, n).

Esse o cenário da constitucionalização da fidelidade partidária.<sup>744</sup> Esse o momento político.<sup>745</sup> E as manifestações judiciais a respeito do tema reforçam sua aplicação ainda quando da abertura para o pluripartidarismo.

Em 20 de dezembro de 1979, a Lei 6.767 altera a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, extingue as agremiações criadas a partir do Ato Complementar 4 e permite a constituição de partidos políticos. Traz ainda a seguinte disposição: “Perderá o mandato o senador, deputado federal, deputado estadual ou vereador que, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes

---

<sup>742</sup> Ao tratar dos decretos-leis, indicando-os como meios para “rotinizar o regime militar”, Clèmerson Merlin Clève aponta a ajuda da “manipulação de uma maioria parlamentar dependente, inescrupulosa e indigna, que só se mantém coesa em função dos interesses que representa e do instrumento autoritário chamado de fidelidade partidária”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito em relação*. Ensaios. Curitiba: Gráfica Veja, 1983, p. 56-57. Para José Tarcizio de Almeida Melo, a fidelidade prevista constitucionalmente configurava uma “disposição antidemocrática, que impunha o poder castrador da cúpula sobre a consciência cívica do filiado independentemente de se tratar de norma estatutária do partido”. MELO, José Tarcizio de Almeida. Questões polêmicas na Justiça Eleitoral: fidelidade partidária, direitos das coligações, duplicidade de filiação, propaganda extemporânea e vida pregressa desabonadora. *Revista de doutrina e jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, p. 11-34, 2008, p. 11-34, p. 11.

<sup>743</sup> Essa hipótese de inelegibilidade quase ressuscitou. O Tribunal Superior Eleitoral cogitou aplicar uma “condição de elegibilidade implícita” para afastar da disputa eleitoral candidatos que não fossem ou nem parecessem cândidos, que tivessem contra si ações judiciais. O debate sobre os “fichas-sujas” acabou com a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 144, em que os ministros decidiram se conformar à Constituição e sua reserva de lei complementar para a definição das inelegibilidades.

<sup>744</sup> Ressalte-se, no entanto, que em seus comentários à Constituição de 1967, Pontes de Miranda defendia a autorização constitucional aos partidos para impor a perda de mandato aos representantes que se manifestassem contrariamente à sua agremiação, em face do princípio da sinceridade partidária (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t. 4, p. 613).

<sup>745</sup> A previsão de perda de mandato por infidelidade partidária é defendida pelo senador Tarso Dutra: “a perda de mandato para o deputado, senador ou vereador que renuncia ao partido é um imperativo incontrolável de recuperação da moralidade política nacional, como sanção válida contra o carreirismo político” (Publicado no Diário do Congresso Nacional em 26 de junho de 1971, seção II, segundo PINTO FERREIRA, Luiz. *Manual prático de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 102). Manifestação de um Congresso Nacional sob o Ato Institucional 5.

legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária, ou deixar seu partido, salvo para participar, como fundador, da constituição de novo partido”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a Constituição de 1969 adota o modelo de “Democracia pelos partidos” e que a “exigência de fidelidade partidária traduz o imperativo de velar pelo respeito à decisão popular”. Em análise específica do dispositivo constitucional mencionado, aduz que “pelo texto acima [art. 152, § 5º], o representante está preso ao partido, do qual servirá de porta-voz”.<sup>746</sup>

Em face da não repetição no texto legal da referência à eleição pelo partido, o Tribunal Superior Eleitoral é provocado na consulta 6319 – respondida em 02 de fevereiro de 1982 – sobre a possibilidade de mudança de partido por parlamentar não eleito pela legenda em que se encontra, vez que os novos partidos foram criados após a eleição. Alega-se a inconstitucionalidade do dispositivo da lei que possibilita a mudança apenas para a fundação de nova agremiação partidária. O relator, Ministro Souza Andrade, considera que o texto constitucional impõe a perda de mandato apenas pelo abandono do partido que propiciou a eleição do parlamentar. A eleição do representante pelo partido é condição para a infidelidade partidária, seja por desrespeito às diretrizes partidárias, seja por desligamento do partido. Para o relator, o compromisso do mandatário era com a agremiação pela qual havia sido eleito – extinta a agremiação, queda extinto o compromisso. Não declara a inconstitucionalidade do dispositivo, mas ressalta que deve ser lido de acordo com a Constituição, que se refere ao partido sob cuja legenda o representante foi eleito.

O Ministro Décio Miranda inaugura a divergência. Afirma que o comando constitucional “traduz um sistema, em que a fidelidade partidária é considerada essencial à prática das instituições republicanas” e que a aliança ideológica dos representantes se refez com os partidos fundados. “O acidente, que foi a extinção dos partidos originais, não infirma o essencial e o permanente, que é o princípio constitucional da fidelidade partidária”. Assim, afirma o ministro, há perda de mandato porque o dispositivo constitucional não foi revogado. O então presidente do TSE, Ministro Moreira Alves, vota para desempatar afirmando a reativação do vínculo partidário com os novos partidos criados, declarando a perda de mandato por infidelidade partidária em caso de desfiliação.

Neste caso o Tribunal Superior Eleitoral aplicou a lei no lugar da Constituição. A Constituição – ainda que aquela Constituição – expressamente dispunha a vinculação do representante ao partido pelo qual havia sido eleito. A Lei 6.767/79 foi além, estendendo o

---

<sup>746</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. Op. cit., p. 210, 211 e 583.

alcance da fidelidade, e prevaleceu. O Tribunal Superior Eleitoral decidiu pela lei em detrimento da Constituição, talvez aplicando o princípio da posterioridade – lei posterior revoga lei anterior – sem considerar a supremacia constitucional. Realizou-se a leitura da Constituição pelas lentes da legalidade, dando uma interpretação da Constituição conforme à lei<sup>747</sup>.

O Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal voltam a ser provocados sobre a matéria quando da disputa no Colégio Eleitoral para o sucessor do Gen. João Batista Figueiredo. A consulta 7135 indaga sobre a possibilidade de voto no Colégio Eleitoral em candidato distinto daquele registrado ou indicado pelo partido político ao qual o delegado está filiado. O Procurador-geral Eleitoral, Inocêncio Mártires Coelho, afirma que “constitui elementar dever partidário, para os filiados a determinada agremiação, o de votarem nos candidatos escolhidos pelas respectivas Convenções”, e com muito mais razão tal obrigatoriedade atingiria os parlamentares eleitos sob a sua legenda. Ressalta, ainda, que, de acordo com a sua leitura, o voto em candidato diverso não configura desrespeito à diretriz fixada pelo partido, mas descumprimento de exigência de caráter constitucional – artigo 152, §2º, IV. Se o partido não registra candidato, porém estabelece uma diretriz no sentido de determinar o candidato apoiado, resta também configurado o dever de fidelidade. O Tribunal Superior Eleitoral assim não entende e edita a Resolução 11.985/84 dispondo que “[n]ão existe norma constitucional ou legal que restrinja o livre exercício do sufrágio dos membros do Congresso Nacional e dos delegados das Assembleias Legislativas dos Estados no Colégio Eleitoral, de que tratam os arts. 74 e 75 da Constituição, ou que lhe prescreva a nulidade por violação da fidelidade partidária”, ainda que haja a previsão de voto no candidato indicado pelo partido nos estatutos das agremiações.

O Supremo Tribunal Federal recebe um mandado de segurança preventivo impetrado pelo deputado federal Herbert Victor Levy (do Partido Democrático Social) que, baseado na garantia constitucional da liberdade de consciência e na “impossibilidade de se privar um cidadão, ainda mais quando representante do povo que o elegeu, de direito, seu, por força de convicção política”, busca afastar a anulação do seu voto no Colégio Eleitoral se fosse atribuído ao candidato de oposição ao seu partido. O impetrante desiste do mandado de segurança a partir da Resolução 11.985/84 do Tribunal Superior Eleitoral. E o Supremo Tribunal Federal acaba não se manifestando.

---

<sup>747</sup> Quem sabe isso era imposto pela prática jurídica cotidiana, que desprezava a Constituição, que permitia a suspensão de seus principais dispositivos por atos institucionais. Triste é constatar que esse despreço pela Constituição e pela teoria jurídica – que ainda soa – não encontrava eco apenas nos quartéis e nas salas do Poder Executivo: reverberava também junto aos edifícios dos tribunais.

Veio a distensão democrática, a abertura e a situação constituinte intensificada pelo movimento pelas eleições diretas para Presidente. A ideia de Direito do povo brasileiro não encontrava eco nas disposições constitucionais. Era hora de mudar. Inclusive em relação aos partidos e aos representantes.

A fidelidade partidária, estabelecida de maneira explícita na Constituição de 1969, é afastada do texto constitucional pela Emenda 25/85. Essa emenda visa varrer do ordenamento jurídico o “entulho autoritário” e marca o início da Nova República. Junto com a fidelidade partidária,<sup>748</sup> é afastada a nomeação de prefeitos municipais pelo Governador do Território (esse nomeado pelo Presidente da República), a idade mínima de elegibilidade para a Câmara de Deputados é reduzida para 18 anos, o Distrito Federal passa a ter representação na Câmara e no Senado, a eleição para Presidente e Vice-presidente torna-se direta, os analfabetos recuperam o direito de voto afastado pela Lei Saraiva em 1881 (mas mantém-se sua inelegibilidade), o sistema distrital misto instituído pela Emenda Constitucional 22/82 é revogado, estabelece-se a liberdade para a criação dos partidos políticos e há a previsão de cláusula de barreira.

Com a elaboração da nova Constituição, a fidelidade partidária não encontra guarida. A Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 afasta conscientemente a fidelidade partidária do texto constitucional.<sup>749</sup> A possibilidade de perda de mandato por abandono do partido pelo qual o representante foi eleito não fica implícita nem decorre do sistema. É objeto de uma escolha expressa, explicitada nos trabalhos das subcomissões, comissões, na sistematização e em plenário. O silêncio aqui é eloquente.<sup>750</sup>

O processo de construção do texto constitucional, sem texto base e com oito comissões temáticas divididas em três subcomissões cada, leva eventualmente a discussões múltiplas sobre diversas matérias. Em relação à fidelidade partidária, debruçam-se inicialmente sobre o

---

<sup>748</sup> Para Ricardo da Costa Tjader, a fidelidade partidária foi afastada para permitir que “qualquer parlamentar pudesse livremente transferir-se para nova agremiação partidária, quer preexistente ou em processo de fundação”, para alcançar o pluripartidarismo (TJADER, Ricardo da Costa. *Enfoques jurídico-políticos das trocas de partidos*. Op. cit., 155-165 e 174-175, p. 159).

<sup>749</sup> Ao fazer referência aos debates constituintes e ao necessário respeito à decisão lá tomada, não se assume uma postura originalista nem fundamentalista. Primeiro, porque não há como trazer essas categorias da prática judicial estadunidense para uma realidade em que o texto constitucional recém completou vinte anos. Em segundo lugar, muitos dos constituintes ainda estão no Parlamento, ou nas chefias do Poder Executivo, o que impede a referência em um apoio na “mão morta da história”. Além disso, as referências às discussões constituintes são apenas parte do argumento para afastar a perda de mandato por desfiliação partidária sem justa causa. A outra parte é extraída da compreensão sistemática do texto constitucional. Sobre as posturas de interpretação da Constituição dos Estados Unidos, ver a obra de Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005).

<sup>750</sup> Karl Larenz diferencia as lacunas legais e o silêncio da lei, quando o legislador conhece um instituto ou uma regra (como nesse caso, em que a regra era prevista na Constituição anterior) e intencionalmente não inclui no ordenamento jurídico, em um “silêncio eloquente” (LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Op. cit., p. 363-364).

tema a Subcomissão do Sistema Eleitoral e dos Partidos Políticos, da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, e a Subcomissão do Poder Legislativo, da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo.

O relator da Subcomissão do Sistema Eleitoral e dos Partidos Políticos, Francisco Rossi, dá parecer contrário à sugestão do constituinte Brandão Monteiro (4514) sobre a fidelidade partidária e seu relatório não se refere às hipóteses de perda de mandato. O constituinte apresenta então a emenda 4A150-2, reservando à lei complementar o estabelecimento do critério de fidelidade partidária. A emenda é afastada pelo relator, que considera que o assunto deve ser mantido no âmbito partidário. Assim segue o anteprojeto da subcomissão, sem referência à fidelidade partidária.

Na Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, os anteprojeto das subcomissões recebem emendas. A do constituinte Francisco Sales (400226-1) visa incluir no dispositivo referente à filiação partidária a promessa de fidelidade ao partido político. O relator, constituinte Prisco Viana, afirma que “[a] experiência recente demonstrou, entretanto, que a fidelidade compulsória, imposta nos textos constitucionais e legais não alcança seus objetivos”, devendo decorrer da consciência dos militantes e do fortalecimento dos partidos, e coloca a obrigatoriedade de tratamento estatutário da fidelidade e da disciplina partidárias. Rejeita, ainda, expressamente, a emenda do constituinte Horácio Ferraz, que restaura a perda de mandato por infidelidade partidária, afirmando que a Justiça Eleitoral não decretou a perda de mandato de ninguém no contexto da Constituição de 1969 e que a ineficácia da previsão constitucional foi evidenciada na eleição presidencial indireta de 1984.<sup>751</sup>

O anteprojeto do relator da Subcomissão do Poder Legislativo não inclui a infidelidade partidária como hipótese de perda de mandato de senador ou deputado federal. Novamente o constituinte Brandão Monteiro apresenta duas emendas (3A0121-5 e 3A0382-0) para incluir a perda de mandato de quem “deixar o partido sob cuja legenda for eleito, salvo para participar como fundador de novo partido político”, justificando-a pelo objetivo de “fixar o mandato popular como consequência da atividade partidária e compromissada com os programas políticos, utilizados no período eleitoral”. Idêntica emenda foi apresentada pelos constituintes Carlos Cardinal (3A0280-7) e José Richa (3A0345-5). Este afirma a necessidade da previsão constitucional da perda de mandato por infidelidade em vista de que “[u]m dos elementos decisórios do processo de consolidação e fortalecimento do regime democrático e das

---

<sup>751</sup> Relatório preliminar e substitutivo. Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições.

organizações partidárias está na estabilidade dos compromissos programáticos e nos engajamentos pelos ideários políticos”.

O anteprojeto da Subcomissão mantém o silêncio sobre a perda de mandato em caso de abandono do partido pelo qual o deputado ou senador foi eleito. Na Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, o constituinte Victor Fontana apresenta emenda (300498-8) para incluir a hipótese de perda de mandato por desfiliação partidária (sem ressalva alguma), justificando que “os mandatos eletivos são partidários e não pessoais”. O constituinte José Richa reapresenta sua emenda (agora com o número 301081-3), assim como o constituinte Brandão Monteiro (301193-3).

O substitutivo do relator da Comissão inclui o abandono de partido como hipótese de perda de mandato de deputado e senador, salvo se para fundar novo partido (artigo 13, VI), decretada pela casa legislativa (§2º). O constituinte Victor Fontana apresenta emenda (3S0046-2) para suprimir a ressalva. Os constituintes Leopoldo Peres, Affonso Camargo, Bonifácio de Andrada e José Jorge apresentam emendas (3S0057-8, 3S0492-1, 3S1060-3 e 3S0525-1) supressivas do inciso VI. O último afirma que o dispositivo é “incompatível com as liberdades democráticas e com o espírito da Constituição que está sendo preparada”. O constituinte Miro Teixeira propõe a aplicação do dispositivo a partir da legislatura de 1991, pela emenda 3S0361-5.

O relator dá parecer contrário às emendas supressivas, afirmando que “[o] dispositivo é necessário para o fortalecimento do sistema partidário”. Quanto à postergação da aplicação, concorda em parte, “para vigorar a partir de 1º de janeiro de 1989”. O anteprojeto da Comissão, no entanto, não contempla a hipótese. Indica, porém, a possibilidade de perda de mandato por decretação da Justiça Eleitoral “nos casos previstos em lei” (artigo 13, V).

O anteprojeto de Constituição da Comissão de Sistematização estabelece em seu artigo 30, III, a previsão de normas de fidelidade e de disciplina partidárias nos estatutos dos partidos políticos (que aqui ainda são pessoas jurídicas de direito público) e mantém, no artigo 110, V, a perda de mandato pela Justiça Eleitoral nos casos legais. Não há referência à perda de mandato por abandono do partido pelo qual o mandatário foi eleito. No projeto de Constituição apresentado pelo relator Bernardo Cabral as redações se mantêm, mas o artigo sobre a perda de mandato leva o número 111.

As emendas apresentadas em plenário incluem a proposta do constituinte Vilson Souza de inserir no capítulo dos partidos políticos um dispositivo que permitiria a qualquer membro do partido pedir ao Tribunal Superior Eleitoral a extinção da agremiação partidária em caso de não cumprimento de qualquer um de seus dispositivos programáticos (1P03428-

1), e a do constituinte Afonso Arinos, que pretende adicionar às hipóteses de perda de mandato o abandono do partido pelo qual foi eleito o representante, exceto para fundar novo partido, visando “reintroduzir o instituto da fidelidade partidária, indispensável para a consolidação dos partidos políticos e, em consequência, para o funcionamento do sistema semiparlamentarista” (1P08020-7). Emenda no mesmo sentido apresenta o constituinte Paulo Delgado, para a adição de um artigo em que prevê a perda de mandato do “ocupante de cargo eletivo que abandonar ou for expulso do partido pelo qual foi eleito”, justificando a necessidade de respeito à opção partidária do eleitor (1P15093-1).

O relator apresenta parecer desfavorável à emenda de Wilson Souza e à de Paulo Delgado, afirmando que se trata de matéria de lei ordinária, e afasta a proposta de Afonso Arinos, reconhecendo a falta de consenso sobre o tema e mantendo o texto para o prosseguimento das discussões. Em seu primeiro substitutivo configuram no âmbito dos partidos políticos normas sobre fidelidade e disciplinas partidárias (agora artigo 18, §2º) e a decretação de perda de mandato pela Justiça Eleitoral nos casos legais, sem referência à infidelidade (artigo 86, V).

O constituinte Roberto Freire apresenta emenda supressiva ao primeiro substitutivo para excluir a menção à necessidade de previsão nos estatutos de normas de disciplina e fidelidade partidárias, afirmando que a imposição constitucional contraria a liberdade dos cidadãos e da conformação das agremiações partidárias (ES22929-0). No mesmo sentido, emenda de Augusto Carvalho, Haroldo Sabóia e outros constituintes, que afirmam que a fidelidade partidária em sede constitucional “impediria a reformulação partidária que se seguirá à proclamação da nova Constituição” (ES33235-0, ES33238-4 e ES33239-2). O constituinte Brandão Monteiro apresenta emenda aditiva para incluir no rol das hipóteses de perda de mandato o abandono do partido pelo qual foi eleito o representante, afirmando que “[a] tradição constitucional e jurídica brasileira e o próprio sistema eleitoral (proporcional) comprovam que o parlamentar não é dono de seu mandato, obtido quase sempre com os votos da legenda” (ES33149-3).

O segundo substitutivo do relator modifica a tratativa constitucional dos partidos políticos (ainda pessoas jurídicas de direito público) e exclui a referência às normas de fidelidade e disciplina partidárias nos estatutos (artigo 16), que retorna ao texto anterior no substitutivo da Comissão de Sistematização às emendas apresentadas em plenário (artigo 19, §1º). Não inclui o abandono do partido como hipótese de perda de mandato e mantém a previsão legal dos casos passíveis de decretação da perda pela Justiça Eleitoral (artigo 64, V, mantido no substitutivo da Comissão, mas no artigo 63, V).

O Projeto de Constituição A, levado a plenário, contém o dispositivo sobre os estatutos partidários, mas, além de silenciar sobre a perda de mandato por infidelidade partidária, restringe à previsão constitucional os casos em que a Justiça Eleitoral pode decretar a perda de mandato (artigo 68, V). E assim segue, sem destaques ou emendas, para votação em segundo turno, no artigo 56, V, em que é aprovado (artigo 55, V do Projeto de Constituição C), vai à Comissão de Redação e, sem ser modificado, ingressa no texto constitucional.

O texto final da Constituição de 1988 não incorpora a hipótese de perda de mandato por desfiliação do partido pelo qual o representante se elegeu. E não porque tenha deixado isso implícito. Não. O texto anterior fazia referência a essa possibilidade. Propostas para a inclusão da hipótese em sede constitucional foram debatidas – e expressamente afastadas. O texto constitucional, portanto, traz uma escolha consciente pela exclusão da perda de mandato por infidelidade. E aponta no artigo 55 os motivos que levam à perda de mandato, estabelecendo que a decretação pela Justiça Eleitoral se dá nos casos previstos na Constituição. Ao silenciar sobre a fidelidade partidária, enviando sua normatização para os limites dos estatutos partidários – que, por certo, não podem prever a perda de mandato<sup>752</sup> – a Constituição também estabelece uma norma.<sup>753</sup> O silêncio da Constituição também é Constituição.<sup>754</sup>

Os efeitos de uma interpretação que recuse este fato podem ser extremamente perigosos. Se os tribunais podem contrariar expressamente o comando constitucional (ainda que decorrente do silêncio), a Constituição perde seu sentido e sua eficácia.

Ressalte-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, já sob a atual Constituição, reconhece que realmente há um silêncio eloquente que exclui a fidelidade partidária em um

---

<sup>752</sup> Essa a compreensão de Orides Mezzaroba: com a ausência de previsão constitucional de perda de mandato por infidelidade partidária, “a ação mais drástica que o *Partido* pode praticar é a de excluir o infiel de sua legenda”, “exclusão que terá como reflexo unicamente a perda de eventuais cargos ocupados em mesas diretoras, por se tratar de indicações partidárias”. MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Op. cit., p. 276. O autor, no entanto, afirma estar revendo essa posição.

<sup>753</sup> Esse o entendimento de Luís Roberto Barroso em relação à impossibilidade de criação de novos monopólios por lei. Para o autor, ao não se repetir a norma do artigo 163 da Constituição de 1969 que permitira a criação de monopólios por lei federal em determinadas hipóteses, houve um silêncio eloquente do constituinte. Ao se referir à decisão sobre a perda de mandato em caso de desfiliação partidária sem justa causa, o autor, no entanto, não repete à afirmação (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 211 n 81 e 284 n 38).

<sup>754</sup> Conforme paráfrase de Carlos Frederico Marés de Souza Filho de citação de Bartolomé Clavero. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Direito Constitucional e as lacunas da lei. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 133, p. 5-16, jan./mar. 1997, p. 11. Quando há um silêncio proposital, eloquente, não cabe desenvolvimento judicial do Direito, afirma Karl Larenz (LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução: M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Editora Ariel, 2001 [1979], p. 363).

mandado de segurança decidido em outubro de 1989.<sup>755</sup> O terceiro suplente de uma coligação partidária impetra mandado de segurança contra a posse pelo Presidente da Câmara de Deputados do segundo suplente da mesma coligação, que não mais integrava os quadros da agremiação pela qual havia concorrido por filiação a novo partido. Em voto sobre preliminar, o relator Ministro Moreira Alves afasta a incidência do inciso V, do artigo 55 (competência da Justiça Eleitoral para decretar a perda de mandato nos casos previstos na Constituição), pois “esse dispositivo não tem pertinência à hipótese, tendo em vista que a Constituição não prevê a hipótese presente como caso que caiba à Justiça Eleitoral decretar a perda de mandato”. E no mérito, assim se manifesta: “Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, “a”; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda de mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55”.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello afirma a constitucionalização do dever de fidelidade partidária no artigo 17, §1º, mas sem a sanção da perda de mandato. Embora reconheça o caráter “fortemente partidário” dos mandatos representativos, demonstrado pela exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade, afirma que não cabe mais falar em perda de mandato por infidelidade partidária: “A Constituição protege o mandato parlamentar. A taxatividade do rol inscrito em seu artigo 55, que define as hipóteses de perda de mandato, representa verdadeira cláusula de tutela constitucional destinada a preservar a própria integridade jurídica do mandato legislativo”. O Ministro Sepúlveda Pertence assinala sua convicção de que a Constituição de 1988 não dá base para a decretação da perda de mandato por infidelidade partidária. Afirma que o rol exaustivo do artigo 55 revela a gravidade da sanção da perda de mandato a tal ponto que insere entre suas hipóteses algo que facilmente poderia ser extraído por “inferências lógicas”: a perda do mandato eletivo do deputado que perde os direitos políticos.

O Ministro Paulo Brossard, no entanto, afirma que com a manutenção da representação proporcional o sistema constitucional mantém, ainda que de maneira implícita, a fidelidade partidária. Afirma que o mandato eletivo não compõe o patrimônio pessoal do

---

<sup>755</sup> Mandado de segurança 20.297/DF, julgado em 11 de outubro de 1989. Relator Ministro Moreira Alves. 57 páginas.

representante. E cita acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, no âmbito da Constituição de 1946 (na qual não havia referência à fidelidade partidária), afirmou que a vontade pessoal do mandatário não pode se sobrepor à vontade coletiva dos mandantes, com a alteração da vontade das urnas pela violação à representatividade proporcional e que o elenco de hipóteses de perda de mandato (artigo 48 da Constituição de 1946, I e II, §1º e 2º) não as esgota, havendo outras decorrentes do sistema constitucional (como a perda de mandato pela perda dos direitos políticos, a investidura em função de outro poder político, o fim da legislatura, a renúncia).

Indignado com a possibilidade de infidelidade do eleito ao partido e ao eleitor, o Ministro Sydney Sanches afirma que a “extensão do direito à infidelidade” amplia o “ilogismo constitucional”. Atendo-se ao Direito positivo, e reconhecendo que o momento e o contexto da elaboração da Constituição de 1988 condicionaram o tratamento constitucional à fidelidade partidária, o Ministro Francisco Rezek afirma que não há no Direito brasileiro acolhida para a perda de mandato por desfiliação do partido pelo qual o representante foi eleito, mas crê que “o futuro renderá homenagem à generosa inspiração cívica” daqueles que defendem a fidelidade no sistema nacional.

O Ministro Aldir Passarinho afirma não haver “omissão na Constituição em não estabelecer o princípio da perda de mandato por infidelidade partidária, pois o tema esteve sempre presente”, que o rol do artigo 55 é taxativo, e que, embora “o ideal seria a prevalência da vinculação dos partidos políticos”, não há nada na Constituição que autorize a perda de mandato por abandono do partido pelo qual se elegeu o mandatário. No mesmo sentido a manifestação do Ministro Néri da Silveira, afirmando que deveria haver a perda de mandato daquele que abandona seu partido, mas que não há regra constitucional que permita essa medida.

Por maioria de votos, nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal decide pela impossibilidade de perda de mandato por desfiliação do partido pelo qual o representante foi eleito. Os ministros, no entanto, afirmam que a fidelidade partidária decorre do sistema proporcional e é desejável (com exceção do Ministro Célio Borja, que afirma não poder “aceitar que a consciência dos que dirigem um partido seja mais esclarecida quanto a deveres morais” do que a sua ou que ele deveria abdicar de sua autonomia de julgar sobre o bom ou mal em favor dos dirigentes partidários). Mas não chegam a suplantar a não referência da Constituição à hipótese de perda de mandato eletivo por abandono do partido pelo qual o representante foi eleito.

Em 22 de março de 2004, o Supremo Tribunal Federal novamente manifesta-se sobre o tema em mandado de segurança em que há ataque ao ato do Presidente da Câmara de Deputados que anotou nova filiação de deputados, sem decretar a perda de mandato. A decisão é pela prejudicialidade do pedido, em face do término da legislatura a que se referia (1998-2002), mas há manifestação do relator, Ministro Gilmar Mendes, sobre o tema. O ministro afirma que, embora a prática de troca de partidos seja negativa para a democracia brasileira, “é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente”, isto é, a perda de mandato eletivo.<sup>756</sup>

Em 04 de outubro de 2007, no entanto, o Supremo Tribunal Federal afasta o entendimento anterior e afirma que a fidelidade partidária deve perdurar após a posse em cargo eletivo, definindo que “[o] instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta 1398, em 27 de março de 2007”.<sup>757</sup>

Passa-se a analisar essa consulta “constituente”, que reescreve as hipóteses de perda de mandato, tão debatidas na elaboração da Constituição, e inclui uma causa inegavelmente afastada pelos representantes do povo.

O então Partido da Frente Liberal indaga ao Tribunal Superior Eleitoral se, em virtude do sistema proporcional e da forma de distribuição das vagas parlamentares no sistema brasileiro, “[o]s partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda”.

O relator, Ministro Cesar Asfor Rocha, afirmando que a resposta à consulta exige um recurso aos princípios constitucionais, afirma que só existe candidato vinculado a partido político e, portanto, o mandato não poderia pertencer ao indivíduo eleito, como seu patrimônio privado. Traz os números de troca de partidos e o dado de que apenas seis por cento dos deputados federais não dependeram dos votos no partido ou nos outros candidatos para se elegerem. Acentua que a permanência da vaga para o partido não deve ser confundida com uma sanção ao representante, pois não há ato ilícito na mudança de partido. Afirma que o entendimento anterior sobre a impossibilidade de perda de mandato por infidelidade partidária “se plasmou antes do generalizado acatamento que hoje se dá à força normativa dos princípios constitucionais”. Aduz, ainda, que essa leitura baseia-se na Constituição e no Código Eleitoral

---

<sup>756</sup> Mandado de segurança 23.405/DF, julgado em 22 de março de 2004. Relator Ministro Gilmar Mendes. 8 páginas.

<sup>757</sup> Mandado de segurança 26.602/DF, julgado em 04 de outubro de 2007. Relator Ministro Eros Grau. 234 páginas.

e indica que deve haver casos em que a mudança de partido não provoque a perda de mandato.

O Ministro Marco Aurélio segue esse entendimento, afirmando que a Constituição se refere aos partidos políticos e às normas de disciplina e fidelidade partidárias, que os candidatos devem ser escolhidos em convenção e que a filiação partidária é condição de elegibilidade, que o financiamento de campanhas passa pelos partidos, assim como a distribuição do horário de propaganda eleitoral. Ressalta os artigos da Lei das Eleições (Lei 9.504/97) em que constam as obrigações do eleito para com o partido e as sanções a ele impostas em caso de oposição às diretrizes, bem como a perda de função ou cargo na casa que tenha obtido em face da representatividade do partido em caso de desfiliação. Responde afirmativamente à questão, ressaltando que “talvez a sociedade fique de alma lavada”.

Ao proferir seu voto, o Ministro Cezar Peluso elogia o sistema proporcional e ressalta sua ligação visceral com os partidos políticos. Acentua, ainda, que a eleição dos candidatos se dá com o auxílio do “patrimônio partidário de votos”, mas pondera que “uma das causas da debilidade dos partidos políticos reside, precisamente, nos estímulos oficiais e na indiferença popular quanto à desenfreada transmigração partidária que se observa nos parlamentos, não raro induzida por interesses menos nobres”.<sup>758</sup> Traz o pensamento de Victor Nunes Leal que afasta a perda de mandato ao ver o vínculo entre o representante e o povo, mas o emenda ao ressaltar que o mandato pertence ao partido e que o vínculo do representante é com o partido e vai além da previsão de normas de disciplina e fidelidade partidárias nos estatutos, consistindo em verdadeira fidelidade ao eleitor. Seu entendimento é que a vaga obtida pelo sistema proporcional é do partido em virtude do sistema mesmo e que, portanto, é irrelevante não constar da Constituição texto a respeito. Aduz, em seguida, que “[n]inguém ignora que a revelação ou, *rectius*, a reconstrução da norma jurídica nem sempre, ou quase nunca, é o resultado do processo interpretativo de texto isolado, nem sequer de enunciados textuais com sentido claro ou único, que reservaria ao intérprete a tarefa pobre de descobrir como dado objetivo e imutável oculto sob as palavras”. Ressalta que a perda do mandato não é sanção ao representante, como as disposições do artigo 55 da Constituição, mas “reconhecimento da inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo”.

Em esclarecimento, o Ministro Marco Aurélio ilustra que com o sistema eletrônico de votação o eleitor digita primeiro o número do partido para votar no candidato, como o fazia na cédula quando escrevia o número do candidato. E ressalta, em debate com o Ministro Carlos

---

<sup>758</sup>

Grifo original. Eu, pessoalmente, grifaria a indiferença popular.

Ayres Britto, que se a perda de mandato por desfiliação do partido pelo qual foi eleito o representante não está prevista no artigo 55 da Constituição a não-perda tampouco está elencada no artigo 56.

O Ministro Carlos Ayres Britto, em voto bastante interrompido pelos demais ministros, aponta que o raciocínio dos votos anteriores se baseia em quatro comandos constitucionais: a) a filiação partidária é condição de elegibilidade; b) a soberania é do povo e é preciso respeitar sua vontade; c) o pluralismo político (como o pluripartidarismo dele decorrente) assegura o direito de todos de professar um credo político; d) o funcionamento parlamentar depende da representatividade do partido, mutilada pelas desfiliações partidárias. Aponta, porém, contrapontos constitucionais a esse raciocínio: a desfiliação não pode gerar instantânea e imediatamente a perda de mandato como sanção, pois isso contraria frontalmente o rol taxativo do artigo 55, que é ao mesmo tempo uma ameaça de castigo e uma garantia de que não há perda de mandato exceto nas hipóteses constitucionalmente previstas. Essa ressalva, no entanto, é afastada ao não se compreender a perda de mandato por infidelidade partidária como sanção. Outra questão apontada é a possibilidade de “desnaturação ideológica do partido” e subsistência do mandato para que o eleito continue a representar a corrente de opinião que fundamentou sua escolha pelo povo. Manifesta-se, assim, pela resposta afirmativa   consulta, ressaltando que a decisão “atende aos anseios da mais deputada e autêntica cidadania”.

Do voto do Ministro José Delgado extrai-se que há um negócio jurídico eleitoral entre o eleitor e o candidato envolvido pela ideologia partidária para valorizar a cidadania, o princípio da representa o partidária e o princípio do pluralismo político e que a migra o partidária viola tal negócio jurídico e gera a inconfiabilidade do eleitor. A filia o partidária como condi o de elegibilidade e a distribui o das vagas pelo sistema proporcional indicam o pertencimento do mandato ao partido. Ressalta o caráter associativo do partido político, afirmando a existência de direitos e deveres de seus associados. Apresenta uma decisão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo na qual se aduz que a fidelidade partidária “tem como mero objetivo assegurar ao eleitor a certeza de que o candidato por ele sufragado representa a fun o ideológica de seu partido frente aos problemas nacionais e, portanto, não sufraga o nome, mas as idéias e o programa que o postulante do cargo se propõe a defender”. E com essas considera es, vota pela resposta afirmativa   consulta do Partido da Frente Liberal.

O Ministro Caputo Bastos segue os votos anteriores.

A única manifestação divergente é do Ministro Marcelo Ribeiro. Embora concorde com os efeitos nefastos da migração partidária, sublinha que “[n]ão há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato”. A essa observação o Ministro Marco Aurélio opõe que seria “acaciano”<sup>759</sup> exigir uma norma em face dos princípios consagrados na Constituição. O Ministro José Delgado faz referência a princípios implícitos nas Constituições. O Ministro Marcelo Ribeiro reconhece a existência de princípios implícitos, mas indica surpresa na demora em se reconhecer esse princípio. Afasta os dispositivos da Lei das Eleições por se tratar de matéria constitucional e chama a atenção para os precedentes do Supremo Tribunal Federal negando a possibilidade de perda de mandato. E ainda afirma: “Não me parece haver espaço para invocar princípios implícitos quando a matéria foi expressamente tratada na Constituição anterior e a alusão à perda de mandato, de modo claro, foi retirada da atual Constituição”, porque o constituinte assim não o desejou, e o seu silêncio ao estabelecer as hipóteses do artigo 55 é eloquente.

No entanto, esse entendimento, que se harmoniza com o texto e com a história constitucional, resta isolado na Corte Eleitoral.

A partir dessa consulta, o Partido Popular Socialista, o Partido da Social Democracia e o Democratas<sup>760</sup> impetram mandados de segurança<sup>761</sup> contra o Presidente da Câmara de Deputados que negou dar posse aos suplentes dos deputados federais que deixaram os partidos. O Supremo Tribunal Federal denega a ordem do primeiro porque o abandono da legenda se deu antes da resposta do TSE à consulta, mas constrói a regra de fidelidade partidária que a Constituição afasta. No segundo, embora denegada a segurança, é estabelecida toda uma reformulação da disciplina constitucional sobre a fidelidade partidária. No último, o Tribunal por maioria concede parcialmente a ordem para assentar a perda de mandato por desfiliação partidária a ser decidida pela Justiça Eleitoral.

Os acórdãos, publicados muito tempo depois, trazem votos repetidos e argumentações não minimalistas. Parece claro que o objetivo dos ministros (ao menos de sua maioria) é

---

<sup>759</sup> Segundo o Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa, acaciano é “que ou quem se mostra afetado, ridículo pelo uso de fórmulas convencionais ao falar ou pela maneira pomposa de ser”, e é um adjetivo que se refere ao Conselheiro Acácio, personagem de *O Primo Basílio*, de Eça de Queirós. Vale, aqui, trazer a referência de José Roberto Vieira: “o ser acaciano é inerente à condição humana” (VIEIRA, José Roberto. *República e Democracia*: óbvios ululantes e não ululantes. Op. cit., p. 77-100, p. 81).

<sup>760</sup> Aponta Francisco Weffort que o conservadorismo brasileiro deixa uma concepção autoritária de democracia, e que “o forte da tradição política brasileira é a ambigüidade que a muitos permite serem – ou pretenderem ser – autoritários e democratas ao mesmo tempo” (WEFFORT, Francisco. *Por que democracia?* São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 33).

<sup>761</sup> Respectivamente: Mandado de segurança 26.602/DF, julgado em 04 de outubro de 2007. Relator Ministro Eros Grau. 234 páginas. Publicado em 17 de outubro de 2008, DJe 197. Mandado de segurança 26.603/DF, julgado em 04 de outubro de 2007. Relator Ministro Celso de Mello. 348 páginas. Publicado em 19 de dezembro de 2008, DJe 241. Mandado de segurança 26.604/DF, julgado em 04 de outubro de 2007. Relatora Ministra Cármen Lúcia. 335 páginas. Publicado em 03 de outubro de 2008, DJe 187.

refazer um trabalho constituinte que “não ficou satisfatório”. Como o julgamento foi praticamente simultâneo e os votos fazem referências mútuas, as razões apresentadas em todos eles serão analisadas concomitantemente.

As questões de fato, que não serão examinadas, são distintas e, por isso, as decisões não são coincidentes. Serão analisados as compreensões jurídicas sobre os aspectos constitucionais e os argumentos que serviram para a construção dessa “norma” inconstitucional.

Em sua manifestação no mandado de segurança 26.602, a Procuradoria-Geral da República afasta a titularidade partidária do mandato como decorrência lógica do sistema proporcional, afirmando que o eleitor pode votar no partido ou no candidato e escolhe em sua maioria um candidato. Sublinha que a filiação partidária é apenas condição de elegibilidade e que o sistema não exige vínculo ao partido para permanência no cargo, além de ressaltar a jurisprudência pacífica da Corte em relação à questão. Para o procurador, trata-se de tema submetido à reserva da Constituição e que, portanto, a modificação de seu entendimento depende de manifestação do poder competente para alterar o texto constitucional. Por fim, destaca que eventual compreensão contrária deve gerar efeitos apenas para as próximas legislaturas. Nos mandados de segurança 26.603 e 26.604, o representante do Ministério Público ressalta que a Constituição “não admite, expressa ou implicitamente, a perda de mandato parlamentar como penalidade por mudança de partido político”.

O Ministro Eros Grau, no processo 20.602, afirma ser necessário transformar o enunciado da Constituição inserido no artigo 55 para admitir o mandado de segurança impetrado: “apenas se operada a mutação constitucional, admitindo nova hipótese de perda de mandato, é que o presente mandado de segurança pode ser analisado”. Ensina que a mutação constitucional ocorre quando o texto constitucional não encontra mais respaldo na realidade constitucional e, sem ruptura do sistema, é afastada uma parte da Constituição formal. Ressalta que o impetrante deseja que o Supremo Tribunal Federal crie nova hipótese de perda de mandato parlamentar não prevista na Constituição, transformando o tribunal em legislador e que neste caso não pode se admitir a mutação. Dessa forma, não é possível à Corte, em sede de mandado de segurança, e nem é sua função, inserir a hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária na Constituição, pois não é possível ir além do texto constitucional. O Ministro Eros Grau afasta o cabimento de mandado de segurança por inexistir direito líquido e certo, ato ilegal ou abuso de poder em face do não acolhimento pelo texto constitucional da hipótese de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária. Sublinha, no mandado de segurança 26.603, que só haveria direito líquido e certo se houvesse prova de que os

deputados que cancelaram sua filiação ao partido pelo qual foram eleitos não estivessem respaldados nas exceções apontadas na consulta como hipóteses que não ocasionariam a perda de mandato. E, se não há indubitavelmente um direito sendo violado, não é possível, sem ofensa ao princípio do devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, reconhecer a demanda do partido requerente em sede de mandado de segurança. Os demais ministros afastam a preliminar, afirmando que se trata de questão de mérito e conhecem dos mandados de segurança – por todos, ressalte-se a manifestação do Ministro Celso de Mello no processo 26.603, em que indica que a liquidez está evidenciada pela eleição dos mandatários pelo partido impetrante e da desfiliação, ambas provadas documentalmente. Em seu voto no mandado de segurança 26.603, repetido no 26.604, o Ministro Eros Grau afirma temer pelos direitos e pelas garantias individuais e outros contornos do regime democrático em face da “lassidão na interpretação da Constituição”.

O Ministro Celso de Mello é o relator do mandado de segurança 26.603, acórdão que traz a mais longa ementa e que fundamenta a perda de mandato, a decretação pela Justiça Eleitoral mediante o devido processo legal e com ampla dilação probatória,<sup>762</sup> a indicação de resolução do Tribunal Superior Eleitoral para regulamentar o “procedimento de justificação” a partir das “hipóteses excepcionais que legitimam o ato de desligamento partidário”, o estabelecimento do marco inicial da consequência jurídica e política da perda de mandato a partir da resposta da corte eleitoral à consulta 1398, por “obediência ao postulado da segurança jurídica”, e a afirmação do “monopólio da ‘última palavra’, pela Suprema Corte, em matéria de interpretação constitucional”, indicando que “[n]o poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’”.<sup>763</sup> Afirma-se que a desvinculação partidária, que surpreende o corpo eleitoral e os partidos, ofende o sistema proporcional, a representação popular, a

---

<sup>762</sup> O que acaba não ocorrendo na Resolução 22.610/07.

<sup>763</sup> Essa compreensão se evidencia na postura do Supremo Tribunal Federal ao afastar a constitucionalidade de Lei 10628/02, que dava uma interpretação constitucional da prerrogativa de função que não coincidia com a sua. Da ementa da ADIn 2797 se extrai: “admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”. Para uma crítica da decisão, ver Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 133-134). Vale aqui a ressalva de Reinhold Zippelius: “quem estiver na posse da certeza, renunciará, com desprezo, ao jogo liberalista – ou seja, a harmonização das opiniões através da discussão e a tomada de decisão por maioria sobre a concepção a seguir” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 338). Postura pouco afeita ao ideal democrático.

soberania do povo e a estabilidade do poder e que a “repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional”, “preserva a legitimidade do processo eleitoral”, “faz respeitar a vontade soberana do cidadão”, “impede a deformação do modelo de representação popular”, “assegura a finalidade do sistema de representação proporcional”, “valoriza e fortalece as organizações partidárias” e “confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições”.

O voto do relator abre espaço para a inversão do ônus da prova no procedimento de decretação de perda de mandato a ser disciplinado pelo Tribunal Superior Eleitoral<sup>764</sup> quando, ao analisar a liquidez do direito do partido impetrante, afirma que não cabe à agremiação partidária “produzir prova negativa consistente em demonstrar que não moveu perseguição política” ou “que não se registrou mudança de conteúdo programático nos fins visados” pelo partido; chega a afirmar que tais situações independeriam de dilação probatória se os mandatários tivessem desde logo comprovado a imposição formal de sanções partidárias contra eles. Em relação ao caráter jurídico e normativo da resposta do Tribunal Superior Eleitoral a consultas, o Ministro afirma seu caráter pedagógico, sua natureza administrativa, não vinculante, não jurisdicional, sem índole constitutiva, pois “não possui conteúdo normativo e, por isso mesmo, não provoca qualquer modificação na esfera jurídica de direitos a propósito da matéria objeto de apreciação”, sublinhando a seguir que contra consulta não cabe ação direta de inconstitucionalidade.

Sobre o mérito, o Ministro Celso de Mello no mandado de segurança 26.603 ressalta o duplo vínculo decorrente da representação política – o vínculo entre partido e representante (vínculo partidário) e entre representante e eleitor (vínculo popular). Afirma que à exigência de fidelidade partidária, decorrente do sistema eleitoral, deve-se dar efetividade pela atribuição de consequências a seu desrespeito. O mandato pertence ao partido não desde a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta 1398, mas a partir do texto constitucional, que o define por seus fundamentos e princípios estruturantes e da adoção do sistema proporcional. A perda de mandato decorrente da desfiliação partidária não é sanção e, portanto, não está elencada nas hipóteses do artigo 55.

---

<sup>764</sup> Para Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira e Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira, não há inversão do ônus da prova porque o partido tem que provar a desfiliação e ao requerido cabe a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo (CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 127). Se assim o é, a ausência de justa causa para desfiliação resta presumida.

Finalmente, no que concerne ao papel do Supremo Tribunal Federal em relação à guarda da Constituição, o Ministro relator Celso de Mello afirma caber à Corte a extração da máxima eficácia possível do texto constitucional, em consonância com os seus princípios e com a necessária força normativa da Constituição. O monopólio da última palavra sobre o significado da Constituição deriva da função institucional da Suprema Corte, estabelecida pela própria Constituição. Para o ministro, o Supremo Tribunal Federal decide sobre a própria substância do poder. Traz a lição de Francisco Campos, que afirma a prerrogativa da jurisdição constitucional de “formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional”. Aduz ser necessário reafirmar a soberania da Constituição, configuração do Estado de Direito. O relator, nesse processo, conhece parcialmente o mandado de segurança para determinar o encaminhamento pelo Presidente da Câmara do pedido da agremiação partidária ao Tribunal Superior Eleitoral para permitir a instauração do “procedimento de justificação”. Enfim, estabelece a resposta à consulta 1398 como marco temporal dessa nova norma, pois então “tornou-se veemente a possibilidade de revisão jurisprudencial, notadamente porque intervieram, com votos concorrentes, naquele procedimento de consulta eleitoral, três (3) eminentíssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal”. Como todos os mandatários eleitos pelo partido impetrante desfiliaram-se antes da resposta, denega a segurança.

A Ministra Cármen Lúcia, relatora do mandado de segurança 26.604, salienta que pelo sistema proporcional brasileiro o eleitor escolhe entre os candidatos apresentados pelos partidos. “E o faz supondo que o eleito, vinculado, necessariamente, a determinado partido político, terá no programa e no ideário deste o norte da sua atuação, à qual ele está subordinado por lei”. Assim sendo, o partido é o destinatário do voto e o representante não pode dispor de seu mandato. Ressalta que a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta 1398 reúne os fundamentos da doutrina constitucional brasileira e das teorias democráticas e que permitir a desvinculação do parlamentar de seu partido sem consequências políticas e jurídicas é “fazer tábula rasa dos princípios”. Afirma, ainda, a obrigatoriedade da atuação do partido de acordo com seu programa e estatuto, segundo estabelece a Lei dos Partidos Políticos em seu artigo 5º, e que o eleitor é surpreendido com a mudança de partido. Assim, a titularidade do mandato não pode ser atribuída juridicamente ao mandatário, em face da vinculação do eleitor ao partido, diante de sua escolha entre os candidatos apresentados pelas agremiações partidárias. Alega, adiante, que a configuração constitucional da elegibilidade exige a vinculação do candidato a um partido e a seu programa, com um ano de antecedência segundo a lei, como garantia de representação de parcela da opinião pública e que, portanto, em consonância com esse desenho, não seria congruente a possibilidade de que o

representante eleito permanecesse com o mandato independentemente de sua desvinculação do partido, sob pena de termos uma “democracia na letra” e uma Constituição puramente formal.

Ao enfrentar a questão da ausência de previsão expressa da perda de mandato por infidelidade partidária na Constituição de 1988, afirma que, ainda que a fidelidade partidária não constasse expressamente na Constituição anterior, ela deveria ser observada: seria aplicável a perda de mandato, pois decorrente dos princípios adotados. Ressalta que o desligamento do partido pelo mandatário é ato lícito, mas não se pode considerar o parlamentar como um “proprietário do espaço público”, um “proprietário do mandato popular”, pois “[n]inguém é ou tem um mandato público”. Não sendo ato ilícito dele não decorre sanção e por isso a inexistência de previsão constitucional ou legal determinando a perda de mandato. Dessa forma, apontou o equívoco dos posicionamentos jurisprudenciais anteriores (inclusive do Supremo Tribunal Federal), que não aceitaram a perda de mandato sem previsão constitucional fundamentados na sua configuração como sanção. É sacrifício de direito, decorrente de ato lícito, e consequência do sistema eleitoral brasileiro. Defende, ainda, que o abandono do partido equivale à renúncia tácita ao mandato e que a manifestação de vontade, inequívoca, pode, no âmbito do direito público, gerar efeitos distintos do desejado pelo agente. Fala em “esquizofrenia jurídica” de um sistema que exigisse a atuação dos partidos para a apresentação dos candidatos e para definição da distribuição de cadeiras, mas permitisse que o eleito atuasse sem compromisso com o partido e com o eleitor. A mudança de partido configura, para a ministra, fraude eleitoral.

Finalmente, nesse longo voto, a Ministra Cármen Lúcia ressalta que o controle de constitucionalidade, mesmo quando busca a efetividade da Constituição pela efetivação dos princípios, deve observar o princípio da segurança jurídica. Sublinha a inexistência de alteração das normas constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema desde as manifestações do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral que apontavam a impossibilidade de perda de mandato por abandono do partido. A interpretação alterou-se, em uma “evolução jurisprudencial”, e a perda de mandato somente é possível a partir desse novo entendimento, marcado pela resposta positiva à consulta 1398. As desfiliações posteriores àquele julgamento “não gozam de qualquer elemento que pudesse ser caracterizado como informador do princípio da segurança jurídica”. Assim, concede parcialmente a segurança para reconhecer o direito do Democratas ao mandato de Jusmari Terezinha de Souza Oliveira, que se desfiliou do Partido da Frente Liberal em 29 de março de 2007, ainda que conste pedido de desfiliação datado de 28 de fevereiro de 2007, mas estabelece que a declaração de

vacância do cargo depende do exercício da ampla defesa e da verificação da ocorrência de situações que afastam a perda de mandato.

Após a análise dos três relatores, passa-se às manifestações dos demais ministros. Os votos, em geral, repetem-se nos três acórdãos, pois a discussão se centra na questão constitucional que traspassa os mandados de segurança apreciados conjuntamente.

O Ministro Menezes Direito afirma que o ponto nuclear dos casos está “na correta interpretação dos mecanismos possíveis de interpretação constitucional”. Aduz que a compreensão da Constituição deve levar em consideração os princípios que a inspiram “a partir da vontade do constituinte”, os “sentimentos que orientaram os redatores da Constituição”. O Ministro cita Ronald Dworkin e sua defesa da leitura moral da Constituição e sua própria análise sobre a decisão judicial inserida em uma realidade humana, emanada de um juiz que sabe que sente e crê, que decide enlaçando a lei com a realidade, sem, no entanto, avançar contra o texto da lei. Destaca que “[n]o plano da Constituição, a Suprema Corte deve levar em conta o cenário do próprio sistema de valores e princípios fundamentais engendrados pela vontade constituinte, tirando deles as conseqüências que autorizem sua melhor aplicação para resguardá-los de dano quanto aos fins a que se destina”. Assevera que, pelo desenho constitucional do sistema eleitoral, o partido é essencial para a representação, e que, assim, o mandato é “dependente do partido”. Para afastar o argumento do Procurador-geral da República a respeito da não previsão constitucional da perda de mandato por infidelidade partidária, sublinha que o intérprete máximo da Constituição não se subordina ao “direito constitucional estrito”. A concessão da segurança, para o Ministro Menezes Direito, não implica a colmatação de lacuna constitucional, mas “estabelecer, a partir da Constituição Federal, os limites inerentes à representação popular como forma de exercício da soberania de modo a assegurar a sua vitalidade e viabilizar o aperfeiçoamento de sua prática na sociedade democrática e pluralista desejada pelo constituinte dos oitenta”. E continua: “Parece-me que nesse sentido a interpretação constitucional não foge dos seus limites quando encampa orientação possível e compatível com a estrutura criada pelo constituinte originário”. Além de afirmar que o abandono do partido leva à ruptura da relação de representação, indica o Tribunal Superior Eleitoral como competente para decretar a perda de mandato por infidelidade partidária de Deputados Federais e os Tribunais Regionais Eleitorais como competentes para a análise dos processos de Deputados Estaduais e Vereadores.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski se refere a princípios no topo axiológico hierárquico das constituições, que são critérios de validade das demais normas constitucionais, indicando a segurança e o princípio da segurança jurídica. Assinala, em

relação à fidelidade partidária, a não previsão da perda de mandato pelo constituinte, em harmonia como o espírito redemocratizante da Emenda Constitucional 25/85. Em nome da segurança jurídica, preocupa-se com a modificação abrupta no tratamento jurisprudencial da fidelidade partidária, após vinte anos de prática político-partidária de mudanças de agremiações partidárias, além da validade dos atos praticados pelos infiéis enquanto indevidamente ainda investidos no mandato (preocupação esta afastada por aparte do Ministro Celso de Mello e que acaba incorporada à ementa do mandado de segurança 26.603). Sublinha a necessidade de que a exigência da fidelidade partidária esteja acompanhada de democracia interna nos partidos políticos, ressaltando hipóteses em que a desfiliação partidária não deva levar à perda de mandato. E, finalmente, aduz que somente seria possível conceder a segurança para a decretação da vacância dos cargos dos mandatários que se desfiliam dos partidos pelos quais se elegeram após a verificação dos motivos da mudança partidária, o que é inviável em sede de mandado de segurança.

A questão está nas noções fundamentais do Direito Constitucional, na soberania popular e na representação política, para o Ministro Joaquim Barbosa. Denuncia que a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta 1398 acaba por deslocar a legitimidade democrática para os partidos políticos, fazendo do povo uma abstração, ele que é o soberano segundo a Constituição. Questiona a bradada preeminência dos partidos políticos na atual democracia, de uma “sociedade de massas, conectada planetariamente, com múltiplas formas de expressão da vontade dos mais diversos segmentos sociais”, recusando-se a ver uma “partidocracia” no Brasil que na realidade afastaria ainda mais o povo do poder e das questões políticas. Para o Ministro Joaquim Barbosa a resposta não deve ser buscada em “princípios supostamente implícitos na Constituição”, pois “o constituinte de 1988 disciplinou conscientemente a matéria, e fez a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior, que previa a perda de mandato nesses casos”. Acentua, ainda, a necessária observância do devido processo legal e da garantia da ampla defesa e a ausência de liquidez e certeza do direito alegado pelos partidos impetrantes. Afirma que, apesar de desejar uma “moralização da vida político-partidária do nosso país”, não pode aceitar o pedido de decretação de vacância do mandato dos “trânsfugas” e sublinha a impropriedade de, caso aceite-se a possibilidade de perda de mandato por infidelidade partidária, ter como marco inicial a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta 1398, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que assegurava a mudança de partidos sem consequências jurídicas e políticas ainda encontra-se válida até este julgamento.

O Ministro Carlos Ayres Britto acentua o caráter normativo dos princípios no pós-positivismo e sua posição de “supernormas”. Afirma que os princípios assumem centralidade na Constituição e são onivalentes, autorreferentes e autoaplicáveis, trazem unidade material, congruência e adaptabilidade à Constituição. Afirma que só a Nação, “linha imaginária que costura a unidade do povo de ontem, do povo de hoje e do de amanhã”, detém o poder constituinte. A legitimidade dos representantes políticos deriva do povo; a do Poder Judiciário, da Constituição, que lhe atribui sua guarda. Não é usurpação, portanto, quando o Supremo Tribunal Federal interpreta e aplica a Constituição “inclusive na perspectiva da demarcação dos espaços de legítima atuação dos Poderes”. Quanto à questão de fundo, o Ministro acentua o caráter associativo dos partidos políticos e a liberdade de associação e de desfiliação, o que afastaria a configuração do abandono do partido como ato ilícito. Esse ato voluntário, no entanto, segundo seu raciocínio, faz com que o representante deixe de estar apto a exercer o mandato político alcançado por meio do quociente eleitoral, como “expressão de renúncia tácita”, “renúncia lógica”. Destaca as características do sistema proporcional em oposição ao sistema majoritário, evidenciando que naquele a “majoritariedade deve ser alcançada pelos partidos políticos e suas eventuais coligações”, e, por isso, importa “a performance eleitoral do conjunto dos agremiados”. Afirma que o texto constitucional silencia sobre a perda de mandato em caso de infidelidade, mas também cala sobre qualquer vacância que não resulte de infringências a proibições ou de atos ilícitos e só trata de renúncia quando afasta seus efeitos se em curso processo que possa levar à perda de mandato. E ressalta a não inclusão do abandono do partido nas hipóteses do artigo 56, silêncio que significa o “dobre de sinos do mandato do deputado desertor, ou, pior ainda, trânsfuga”. Para que a desfiliação não seja compreendida como renúncia, exegese por “imperativo de elementar lógica jurídico-societária”, o representante deve provar que tem motivo para tanto.

O Ministro Cezar Peluso repete as razões de seu voto na consulta 1398, afirmando que está na essência do sistema proporcional a votação nos partidos políticos. Acentua, ainda, que a fidelidade partidária (com a consequente perda de mandato) é indispensável para fazer frente à crise de representatividade. Afasta as críticas do Ministro Joaquim Barbosa a respeito da abstração do povo feita no julgamento no Tribunal Superior Eleitoral, aduzindo que o representante infiel não representa o povo e que é impossível dissociar o papel do representante e o papel do partido. Aduz que a fidelidade partidária prevista como matéria reservada aos estatutos dos partidos políticos (artigo 17, § 1º da Constituição) não é a mesma: aquela é sobre a relação partido-filiado; essa se coloca entre representante, partido e eleitor. Ao exaltar-se na sua manifestação a respeito do papel dos partidos políticos na democracia

brasileira, afirma que o objeto dos mandados de segurança é a declaração da existência ou não do direito subjetivo invocado – a partir da sua existência teórica, a Corte “tem o dever de fixar-lhe a existência” e de declarar “as condições de exercício desse direito, declarando o termo de eficácia da interpretação, sem precisar recorrer à idéia de mudança de orientação do Supremo”, aditando que a resposta da Justiça Eleitoral a consultas tem o “papel de orientador de condutas políticas”. Na mesma esteira, afirma que a decisão do Supremo Tribunal Federal estabelece a necessidade de observância das garantias processuais e fixa a competência do Tribunal Superior Eleitoral para estabelecer o procedimento de decretação de perda de mandato.

Em longo e elaborado voto, o Ministro Gilmar Mendes aprecia a questão iniciando pela análise dos pronunciamentos anteriores da Corte. E pergunta-se: “a inexistência de dispositivo normativo expresso – ou, explicando melhor, a ausência de texto – pode ser razão única para a conclusão, muitas vezes apodítica, sobre a inexistência de determinada norma no ordenamento jurídico?”. Para ele, a realidade brasileira evidencia a inadequação da interpretação dada à fidelidade partidária. Refere-se a seu voto nas ações diretas de inconstitucionalidade sobre a cláusula de barreira (1351 e 1354), na qual ressaltou a necessidade de rever as regras da fidelidade partidária a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para aplicar a perda de mandato como consequência do abandono do partido pelo mandatário. Ressalva seu posicionamento no mandado de segurança 23405, em que afirmava a impossibilidade da perda de mandato, pois “serviu apenas de *obter dictum*<sup>765</sup>”. Assevera que a evolução interpretativa trazida pela resposta à consulta 1398 impõe uma revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Explica longamente o sistema proporcional brasileiro e defende a fidelidade partidária em face da democracia partidária – visto que “os candidatos recebem os mandatos tanto dos eleitores como dos partidos políticos” – e do sistema eleitoral adotado. Aduz que o posicionamento da Corte logo após a promulgação da Constituição deve-se a um específico contexto histórico, de contraposição à ditadura e a fidelidade partidária imposta. Traz números das migrações partidárias. Sustenta a fundamentalidade dos direitos políticos inscritos na Constituição e entre eles os direitos dos partidos políticos, alguns expressos, alguns implícitos. Um desses direitos é o “direito dos partidos políticos às vagas conquistadas segundo as regras do sistema proporcional”. Traz como argumento adicional para afirmar a perda de mandato em caso de mudança de partido o “reconhecimento da oposição como uma das garantias institucionais da representação política e da própria democracia brasileira”. Em relação ao termo inicial da

---

<sup>765</sup>

Dito de passagem.

nova leitura da Constituição, sublinha a data das decisões e da publicação delas, depois de discorrer sobre interpretação constitucional e apresentar a ideia de Häberle de que uma lei interpretada é sempre temporária que prescinde da noção de mutação constitucional e afirma a resposta à consulta 1398 como o marco temporal para o início dos efeitos da nova interpretação da Constituição. Para o Ministro Gilmar Mendes, a reinterpretação do Supremo Tribunal Federal à Constituição “em toda sua inteireza” faz parte de sua função de guardar a Constituição e que a mutação constitucional não indica erro do entendimento anterior, mas “a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição à realidade que a circunda”.

Em voto conciso, a Ministra Ellen Gracie aponta a inadequação da “desenfreada transmigração partidária” e afirma o direito dos partidos aos mandatos obtidos pelo sistema proporcional, além de indicar a data da manifestação do Tribunal Superior Eleitoral como marco inicial da possibilidade de decretação de perda de mandato por infidelidade partidária.

O Ministro Marco Aurélio desenvolve uma análise do sistema proporcional brasileiro e de seus efeitos para afirmar que o mandato pertence ao partido político. Afirma que “[o] parlamentar eleito e integrante de Casa Legislativa que, na legislatura, deixa o partido que representa desqualifica-se para o exercício do mandato”. Ressalta que é possível ver a resposta à consulta 1398 como o início da vigência plena da Constituição de 1988, e não como uma decisão que criou um direito, mas discorda em apontar tal julgamento como termo inicial para as consequências jurídicas da infidelidade partidária em nome da segurança jurídica. Em debate com os ministros Celso de Mello e Cezar Peluso, sugere a data do julgamento dos mandados de segurança como termo inicial.

Embora nove ministros deneguem a segurança pretendida nas ações (Ministros Celso de Mello, Eros Grau, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Menezes Direito), ainda que por fundamentos diversos, o Supremo Tribunal Federal, pela maioria dos seus membros, decide corroborar a construção constitucional do Tribunal Superior Eleitoral e vai além.

Essa é a manifestação dos supremos magistrados da Nação que, em sua tarefa de guardar a Constituição, retorceram e vergaram os princípios constitucionais. Cabe aqui a pergunta: os princípios constitucionais devem a sua existência ao seu “reconhecimento” jurisdicional?

A construção jurisprudencial da perda de mandato por infidelidade partidária configura uma mutação manifestamente inconstitucional.<sup>766</sup> Os limites da mutação constitucional, cuja desconsideração ofende o princípio democrático e o ideal constitucionalista democrático, são marcados pela possibilidade semântica do texto e pela preservação dos princípios fundamentais da Constituição.<sup>767</sup> Trata-se de uma ruptura constitucional, que “quebra” a norma do artigo 55 e o princípio da liberdade para o exercício do mandato a fim de estabelecer uma regra de fidelidade partidária com a sanção da perda de mandato.

Essa nova “interpretação” da Constituição,<sup>768</sup> feita pelo Tribunal Superior Eleitoral e referendada pelo Supremo Tribunal Federal, deforma a Constituição. Ofende o princípio democrático, o princípio da liberdade para o exercício do mandato e o princípio da legalidade.

E as mudanças inconstitucionais da Constituição – por contrariarem sua construção democrática – não podem ser admitidas, ainda que contem com apoio expresso e efusivo da opinião pública, ou da opinião publicável publicada,<sup>769</sup> formada por um consenso fabricado.<sup>770</sup> O constitucionalismo traz como objetivo exatamente proteger os valores e princípios fundamentais de uma sociedade justamente em face de maiorias eventuais.

Para além de sua inconstitucionalidade explícita, tal decisão pode ser desconstruída pela sua falta de solidez. A inconsistência dos argumentos trazidos para essa alteração

---

<sup>766</sup> “Como pode o STF ‘represtinar’ a Constituição anterior, quando a atual expressamente não elencou a infidelidade partidária no seu artigo 55?” (CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua e CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil*. Op. cit., p. 275). “Durante o ano de 2007, a Justiça brasileira ‘decretou’ a fidelidade partidária da forma mais violenta: ferindo a Constituição Brasileira”. (LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme: Imperium, 2008, p. 189).

<sup>767</sup> Como ressaltam Konrad Hesse e Luís Roberto Barroso (HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Seleção, tradução e introdução: Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992 [1966/1959/1974], p. 101-102. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 127).

<sup>768</sup> “Interpretação” que não leva em conta a supremacia da Constituição. Ressalta Roque Antonio Carrazza que “as normas constitucionais devem receber a interpretação que maior efetividade lhes empreste, não sendo dado ao aplicador usar de suas próprias idiossincrasias para ‘corrigir’ o que, a seu sentir, está posto de modo inadequado na Lei Maior” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25. ed, rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36).

<sup>769</sup> “Embora numa sociedade aberta haja fortes vinculações por retroacção dos *mass-media* ao seu público, estas não reflectem habitualmente na dimensão correcta as opiniões divulgadas na população. Aprendeu-se a distinguir entre a opinião pública e a opinião publicada, sabendo-se que, p. ex., nos média, as opiniões de minorias ruidosas estão muitas vezes sob-representadas e as opiniões da ‘maioria silenciosa’ estão frequentemente sub-representadas” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 356). Para Jônatas Machado não há problema na associação entre opinião pública e opinião que se publica desde que as elites “mostrem as mesmas diferenças de predisposições políticas da generalidade dos cidadãos” e que analisem a questão de diferentes pontos de vista (MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 278-279).

<sup>770</sup> Jürgen Habermas trata da relação entre os meios de comunicação social e a esfera política, analisando como a escolha de temas e a forma de exposição influenciam a compreensão dos problemas, além da representação de “privilegiados interesses privados” (HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Op. cit., § 20).

constitucional explicitamente contrária às intenções expressas dos constituintes se revela, inicialmente, pela falsidade de suas premissas fáticas.

Para defender a imperiosa necessidade da “revelação” da fidelidade partidária como alicerce do sistema eleitoral brasileiro, a maioria dos ministros fez referência ao voto do eleitor no partido,<sup>771</sup> à sua crença no cumprimento do objetivo e dos princípios estabelecidos nos estatutos, bem como as diretrizes ideológicas da bandeira partidária.<sup>772</sup> A mudança partidária, assim, seria uma traição ao eleitor, à sua vontade soberana manifestada nas urnas, à sua participação mais efetiva na formação da vontade do Estado, ao seu acesso ao poder. Nada mais equivocado. Talvez fosse melhor para a democracia brasileira que assim o fosse. Mas não o é. O eleitor, em geral, vota em nomes, em pessoas. O personalismo não é algo característico das classes políticas ou uma característica da mentalidade estatal que não se manifesta na sociedade.<sup>773</sup> Temos uma prática personalista e uma política clientelista porque há cliente, porque há o outro lado.<sup>774</sup> Esse outro lado, que alimenta essas relações, não escolhe seu representante por sua vinculação partidária. Ainda que, segundo o Ministro Marco Aurélio, o eleitor tenha que digitar primeiro o número do partido na urna eletrônica para então escolher seu candidato, não parece que sua conclusão – que isso demonstra como o eleitor

---

<sup>771</sup> Seguindo, talvez, o pensamento de Reinhold Zippelius, ao argumentar que para o alcance da representação das opiniões políticas “é necessário um sistema eleitoral de acordo com o qual os partidos sejam representados no Parlamento em igual proporção à dos votos obtidos dos eleitores. Num tal sistema de sufrágio proporcional, o voto expresso pelo eleitor deve, portanto, ser atribuído a um partido político e seu programa. A personalidade do candidato directamente eleito passa para segundo plano. Surge apenas como representante do seu partido na lista eleitoral deste último” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 260). Ou o pedido de Nelson Jobim, ao afirmar que o retorno da fidelidade partidária na Constituição de 1988 era “virtual”: “precisamos encontrar o mecanismo que estabeleça que, na hipótese da eleição proporcional, o mandato pertence ao partido” (JOBIM, Nelson. *Partidos políticos e organização partidária*. Op. cit., p. 138-147 e 169-172, p. 169). Ou, ainda, a “deixa” do ministro Gilmar Mendes nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade 1351 e 1354. Nada menos democrático.

<sup>772</sup> Tradução possível do idealismo dos juristas tradicionais, que encara a realidade pelo “deve-ser”, pelo que não é. Conforme CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito em relação*. Ensaios. Curitiba: Gráfica Veja, 1983, p. 12.

<sup>773</sup> Ver, sobre esse assunto, GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>774</sup> A análise antropológica de Beatriz Maria Alasia de Heredia confirma essa afirmação. Ao tratar das relações entre político e eleitor fora do período eleitoral, a autora demonstra a existência de um vínculo que busca ser pessoalizado, por esforço de ambas as partes. A leitura das cartas enviadas a um deputado estadual revela a visão que o eleitor tem dessa relação, que começou com a eleição do representante: “O pedido é colocado como fazendo parte de um sistema de relações de reciprocidade, isto é, um sistema no qual a relação supõe um intercâmbio de favores e objetos entre as partes envolvidas” (HEREDIA, Beatriz Maria Alasia de. Entre duas eleições. Relação político-eleitor. In: \_\_\_\_\_ et al. (Org.). *Como se fazem eleições no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p. 17-38.). Muito antes, Maurice Hauriou faz a seguinte leitura: “Si por la elección y la petición del voto, el diputado se coloca bajo la dependencia de sus electores, en contrapartida, por el poder de que dispone para conseguir favores, tiene el elector bajo su dependencia. En realidad, pues, la situación es bilateral: hay relaciones recíprocas de poder y de dependencia, y no es difícil al representante del pueblo, por las relaciones que se crea y por sus tratos con la Administración, inclinar de su lado la balanza del poder. De esta manera, la clientela electoral corrige los inconvenientes del régimen representativo y de las falsas teorías sobre la soberanía nacional, en tanto que tienden a la subordinación del representante” (HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Op. cit., p. 498, nr 2).

vota em partido – seja correta. O eleitor só digita primeiramente o número do partido porque não tem outra escolha. A urna eletrônica não aceita o voto em um nome, como a cédula aceitava.<sup>775</sup> Exigência do sistema de votação, que não pode ser lida como uma politização partidária do eleitorado.

Alguns dos argumentos propriamente jurídicos apresentados tampouco parecem consistentes. Os ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia, Menezes Direito, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Marco Aurélio afirmam que a perda de mandato por infidelidade partidária decorre do sistema eleitoral proporcional, em que os candidatos são apresentados pelos partidos e as vagas são distribuídas pelo quociente eleitoral. De fato, a Constituição adota o sistema proporcional para a formação do corpo representativo parlamentar, com a exceção do Senado Federal. E o sistema proporcional brasileiro leva em consideração os votos recebidos pelos partidos (votos de legenda) e votos nominais para a distribuição das cadeiras entre os partidos concorrentes. Dá preferência, no entanto, à votação no candidato, quando deixa ao eleitor a ordem dos candidatos para a ocupação dessas vagas. Assim, o sistema proporcional, determinado pela Constituição e desenhado infraconstitucionalmente, combina o voto em partidos com votos pessoais. E, constitucionalmente, exclui a perda de mandato por desfiliação partidária quando deixa, conscientemente, de incluir essa hipótese na Constituição.

Mesmo que isso possa parecer incoerente, ilógico ou ainda pouco desejável aos olhos dos magistrados máximos do Brasil, esse é o desenho constitucional do sistema eleitoral brasileiro. E, parafraseando Pontes de Miranda, o sistema eleitoral “não é roupa que se ordene sob medida, ou se adquira feita, para se vestirem os países”.<sup>776</sup> O sistema eleitoral brasileiro, proporcional para a eleição de deputados e vereadores, não adota, por decisão política constituinte, a perda de mandato por infidelidade partidária. Ao contrário do que afirma o Ministro Menezes Direito, a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal não é compatível com a estrutura criada pelo constituinte originário.<sup>777</sup>

O Ministro Gilmar Mendes afirma que o partido político tem, como direito político fundamental, o direito de manter as vagas que obteve mediante o sistema proporcional. As

---

<sup>775</sup> Vale trazer a ressalva de Nelson de Sousa Sampaio: “No caso de divergência, na cédula eleitoral, entre a sigla partidária escrita pelo eleitor e o nome dos candidatos, estes prevalecerão, não dando causa à anulação do voto” (SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Perda de mandato por infidelidade partidária?* Op. cit., p. 148). Essa natural prevalência da escolha do eleitor pelo candidato se mantém, apesar da modificação na forma de votação.

<sup>776</sup> Pontes de Miranda se refere à democracia (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade e Igualdade (Os três caminhos)*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1945, p. 177).

<sup>777</sup> Do voto do Ministro Menezes Direito ainda é possível afirmar sua imprecisão ao se referir a Dworkin para legitimar sua manifestação. Ronald Dworkin afirma que leitura moral não é apropriada quando o comando constitucional é concreto ou não está relacionado a um princípio moral (DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 8).

associações (e entre elas os partidos políticos) podem titularizar direitos, e direitos fundamentais.<sup>778</sup> E, partindo de uma visão ampla de direitos políticos, é possível afirmar que os partidos possam ser titulares de tais direitos, vinculados à representação política e relacionados com o monopólio de apresentação de candidatos e a legitimidade para a propositura de ações constitucionais como a ação de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade. Não parece que seja possível daí deduzir que um desses direitos políticos fundamentais seja manter o mandato eletivo. A titularidade do mandato, pelo desenho constitucional, não é atribuída aos partidos, “o *mandato* está vinculado ao representante” conforme acentua Orides Mezzaroba.<sup>779</sup>

Clèmerson Clève ressalta a eloquência da omissão constitucional sobre a perda de mandato e afirma: “Ainda que, doutrinariamente, o regime do mandato possa sofrer crítica, é indubitoso que, à luz do sistema constitucional em vigor, o mandato não está à disposição do partido”.<sup>780</sup> Maria Benedita Malaquias Pires Urbano aponta seis argumentos favoráveis e sete argumentos contrários à perda de mandato por transfugismo.<sup>781</sup> Em face do sistema constitucional brasileiro, basta um: a Constituição não o permite. E, como o Direito Eleitoral está no âmbito do Direito Público, a ele se aplica o princípio da submissão à ordem jurídica, sendo autorizado apenas aquilo que a lei expressamente prevê.

Quando da mudança de partido pelo mandatário, não há “desfalque em importante parcela” do “patrimônio político” dos partidos,<sup>782</sup> pois não são as agremiações partidárias que titularizam o mandato.

Usando a terminologia de Karl Loewenstein, a ausência de previsão da perda de mandato por desfiliação partidária não configura nem uma lacuna constitucional descoberta (que ocorre quando o poder constituinte foi consciente da necessidade de uma regulação jurídico-constitucional, mas omitiu-se de fazê-lo) nem uma lacuna constitucional oculta (que se dá quando no momento de criação da Constituição a necessidade de regular determinada

---

<sup>778</sup> Sobre o assunto, conferir o trabalho de Rodrigo Xavier Leonardo (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. Op. cit.). Jônatas Machado acentua que a Constituição Portuguesa admite a titularidade de direitos fundamentais no caso das pessoas coletivas, como instrumentos de afirmação e realização associativa e colaborante dos propósitos humanos. Entre os direitos fundamentais das pessoas jurídicas, sublinha o direito à liberdade de expressão dos partidos políticos (MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 399-400).

<sup>779</sup> MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Op. cit., p. 277.

<sup>780</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária: estudo de caso*. Op. cit., p. 29 n 13.

<sup>781</sup> URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar*. Op. cit., p. 222-225.

<sup>782</sup> Como equivocadamente afirma Augusto Aras (ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda de mandato parlamentar*. Op. cit., p 174).

situação não existia ou não se pode prever).<sup>783</sup> Houve uma decisão expressa: da desfiliação partidária não decorre a perda de mandato.

A escolha eleitoral de representantes constitui uma situação jurídica para o eleito, atribuindo-lhe a faculdade de exercer determinadas funções e poderes.<sup>784</sup> A elegibilidade, como direito político, é direito fundamental. O exercício do mandato também o é. As restrições aos direitos fundamentais devem ser analisadas com bastante rigor, para avaliar sua legitimidade. Precisam decorrer (a) do desenho constitucional do próprio direito, (b) da autorização constitucional para restrição legislativa ou (c) do confronto entre os princípios, mas sempre respeitando o resguardo do núcleo essencial e a proporcionalidade no caso de colisão entre os princípios.

(a) A Constituição exige filiação partidária para concorrer a cargo eletivo.<sup>785</sup> Para o exercício do mandato, essa exigência não se repete. A Constituição leva em consideração a agremiação partidária do representante parlamentar apenas para a formação das mesas das casas legislativas e das comissões parlamentares (art. 58, § 1º). Em relação aos cargos do Poder Executivo inexistem ressalvas. Embora haja a previsão no artigo 17, § 1º, de normas de fidelidade e disciplina partidárias nos estatutos dos partidos, não consta no elenco das hipóteses de perda de mandato a desfiliação ou a infidelidade partidária. O desenho constitucional do direito fundamental do exercício do mandato, assim, não aceita a perda de mandato seja em decorrência de desobediência às diretrizes estabelecidas pelo partido, seja pelo abandono da agremiação pela qual o representante foi eleito.

(b) Tampouco o texto constitucional remete ao legislador a possibilidade de restringir o direito fundamental do exercício do mandato. As prerrogativas e restrições dispostas no “estatuto dos congressistas” previsto na Constituição (artigos 53 a 56) trazem sua configuração completamente delineada. Não há espaço para o desenvolvimento legislativo, com exceção da previsão de casos de quebra de decoro pelo regimento interno das casas parlamentares. Inclusive a perda de mandato decretada pela Justiça Eleitoral reduz-se aos casos previstos na Constituição (art. 55, V).

(c) A desfiliação partidária não afronta o princípio da autenticidade eleitoral, pois o eleitor forma seu voto, na maioria dos casos, levando em consideração o candidato. A questão mais árida está em saber se a liberdade para o exercício do mandato entendida de maneira ampla a não autorizar a perda de mandato por desfiliação partidária ofende o princípio da

---

<sup>783</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 170-171.

<sup>784</sup> Conforme Angel Garrorena Morales (GARRORENA MORALES, Angel. *Representación política y Constitución democrática*. Op. cit., p. 93).

<sup>785</sup> Com exceção dos militares, segundo o artigo 14, § 8º, combinado com o art. 42 § 6º da Constituição.

necessária participação das minorias nas instituições políticas, garantido pelo sistema eleitoral proporcional. A configuração infraconstitucional desse sistema, que permite a transferência de votos entre partidos coligados sem exigência de qualquer identidade ideológica, no entanto, parece afastar esse conflito.

Outro ponto a ser considerado é aquele que marca as distintas respostas dadas pelo Supremo Tribunal Federal para a questão da perda de mandato por infidelidade partidária. A Ministra Cármen Lúcia acentua que a desfiliação partidária não é ato ilícito e que, portanto, a perda de mandato não é sanção. É sacrifício de direito decorrente de ato lícito. Segundo seu raciocínio, seguido também pelo Ministro Carlos Ayres Britto, em suas manifestações anteriores o Supremo Tribunal Federal afastou a perda de mandato por infidelidade partidária por considerá-la ausente das hipóteses do artigo 55 da Constituição.<sup>786</sup> Para o Ministro, esse entendimento pretérito da Corte, no entanto, parte de um pressuposto falso ao equiparar a desfiliação partidária do mandatário com atos ilícitos penalizados com a perda de mandato. A desfiliação partidária seria ato lícito, com consequências políticas e jurídicas, e equiparada à renúncia tácita.

A tese de que a desfiliação partidária é equivalente – na produção dos seus efeitos – à renúncia tácita do mandatário<sup>787</sup> não pode prosperar.<sup>788</sup> Barbosa Lima Sobrinho afirma que a renúncia no direito público não compartilha as características da renúncia no direito privado:<sup>789</sup> não é ato unilateral, não está apenas no âmbito da vontade do mandatário.<sup>790</sup>

Sendo o exercício do mandato um direito fundamental, cabe analisar a possibilidade de renúncia e, em caso afirmativo, seus requisitos. Jorge Reis Novais aponta que em alguns

---

<sup>786</sup> O Ministro Carlos Ayres Britto ressalta a ausência de garantia constitucional de manutenção do mandato em caso de desfiliação partidária no artigo 56, o que, segundo ele, evidencia a perda de mandato em favor de partido.

<sup>787</sup> Esse argumento é apontado por J. J. Gomes Canotilho quando da análise da compatibilidade do abandono do partido com o princípio da imediatividade do voto (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 295). Para Auro Augusto Caliman, a renúncia do mandato se presume apenas quando da posse em outro cargo eletivo. O autor afasta a possibilidade da renúncia em branco, afirmando sua nulidade, a partir da leitura sistemática da Constituição de 1988 (CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato parlamentar*. Aquisição e perda antecipada. Op. cit., p. 119).

<sup>788</sup> O parágrafo único do artigo 72 da Lei 5.682/71 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos – dispunha que se equiparava “a renúncia, para efeito de convocação do respectivo suplente, a perda de mandato” por infidelidade partidária. A perda de mandato, e não o ato de infidelidade partidária (abandono do partido ou oposição às diretrizes partidária), é que era equiparada à renúncia.

<sup>789</sup> Segundo Francisco Amaral, a renúncia é ato unilateral e gratuito, é declaração de vontade, que implica o despojamento de direito. Afirma ainda que são irrenunciáveis os direitos que envolvem interesses de ordem pública (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179).

<sup>790</sup> “No direito público, um mandato legislativo, conferido por certo eleitorado, tem sentido não apenas para o titular do direito, como para o corpo eleitoral e para os partidos políticos que se envolveram no pleito. (...) O mandato não é um bem de natureza patrimonial, interessando apenas ao seu portador; é uma função pública, relacionada com o eleitorado de que dimana e com a assembléia a que se destina. Não é possível supor que essa diferença de origem e de significação deixe de refletir-se nas regras, a que se deve subordinar a renúncia nos dois domínios, o do direito público e o do direito privado” (LIMA SOBRINHO, Barbosa. Da renúncia no direito público. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 9, p. 168-176, jul. 1960, p. 168-176).

casos a Constituição traz um direito fundamental com conteúdo também de dever – voto, educação dos filhos – e assim não caberia a renúncia. Outra hipótese é a de direitos fundamentais que desempenham funções de caráter social, institucional ou estatal, com forte relação com o interesse público (direitos de participação política e direito ao segredo do voto), cuja renúncia (principalmente coletiva) pode levar à instabilidade do sistema político ou jurídico. Para os demais casos, em princípio, a renúncia ao direito fundamental é exercício de direito fundamental.<sup>791</sup> Esse parece ser o caso do exercício do mandato eletivo.

Jorge Miranda afirma que a Constituição impõe o exercício da representação por tempo determinado e que há um dever de permanência do titular do mandato, informado pelo interesse público. Ressalta o autor, no entanto, que “no limite”, por razões políticas ou pessoais, é possível que o representante renuncie.<sup>792</sup>

Mas há pressupostos e requisitos para a renúncia. O seu elemento central é uma decisão voluntária que leva ao enfraquecimento da proteção de direito fundamental. Para que isso seja possível, impõe-se que “quem renuncia seja o titular dessa posição jurídica e possa dispor dela”.<sup>793</sup> A validade da declaração de vontade exige caráter inequívoco e contundente e consciência plena, “numa situação em que quem renuncia está em condições de avaliar todas as conseqüências da sua decisão e decide tanto quanto possível livre de constrangimentos, ameaças ou coação”.<sup>794</sup>

Além disso, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados prevê, em seu artigo 239, uma formalidade para a renúncia, exigindo que a declaração de renúncia seja dirigida à mesa diretora da casa e ressaltando que “somente se tornará efetiva e irrevogável depois de lida no expediente e publicada no *Diário da Câmara dos Deputados*”.

Admitindo, de acordo com o texto constitucional, que o mandatário seja o titular do mandato (porque se não o fosse, não poderia renunciar a ele), a possibilidade de renúncia tácita quando da desfiliação partidária não preenche os requisitos para sua validade. Não se pode deduzir do abandono da legenda uma vontade inequívoca e contundente de renunciar ao exercício do mandato. Menos ainda pode-se inferir que os mandatários tinham como efeito

---

<sup>791</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 234-242.

<sup>792</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III – Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Op. cit., p. 237-238.

<sup>793</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Op. cit., p. 249-250. O autor ainda ressalva que as renúncias a direitos fundamentais que reificam a pessoa, deixando-a à mercê de outra ou que afetem alguma dimensão de sua autodeterminação presente ou futura, são ilegítimas (p. 277). Em outros casos, como nos direitos trabalhistas, a Constituição exige disposição legislativa expressa para proteger o trabalhador de decisões que afetem seu direito a uma existência digna (p. 266).

<sup>794</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 251-252.

possível de sua decisão a perda do mandato: o texto constitucional e a posição do Supremo Tribunal Federal assinalavam em sentido contrário. Não há o que se falar, portanto, em renúncia tácita. Cabe referir-se à Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, que vê na saída voluntária do partido uma expressão da liberdade de associação partidária.<sup>795</sup>

Tampouco parece defensável o encadeamento de argumentos que “extraí” da Constituição a regra da perda de mandato. A história constitucional o desmente, como o desautorizam os debates constituintes. Havia a previsão expressa da perda de mandato por infidelidade partidária entre as hipóteses decorrentes de atos ilícitos no artigo 35 da Constituição de 1969.<sup>796</sup> Quando da elaboração da Constituição de 1988, como demonstrado, ela foi expressamente excluída do texto. Objeto de diversas emendas, não foi incorporada ao elenco do artigo 55. Não parece ter cabimento, por consequência, afirmar que ela não precisava, ou não deveria, ou que seria “acaciano”, constar daquele rol. Ali estava no ordenamento constitucional anterior, foi ali que tentaram colocá-la. A não inclusão da hipótese na Constituição, depois de uma Carta que a mencionava e de uma deliberação constituinte sobre a sua previsão, não permite deslocar sua compreensão para que caiba no sistema, apesar de tudo isso. Afirmar que a perda de mandato por infidelidade partidária não constitui sanção para poder extraí-la do sistema como sua decorrência lógica não parece, de maneira alguma, coadunar-se com a compreensão jurídica e social dessa consequência. Ainda que os pronunciamentos jurídicos tenham evitado utilizar o termo cassação, essa é a palavra utilizada para se referir aos mandatários infieis. E certamente esse é o sentimento do representante político que é afastado do mandato, apesar do texto constitucional.

Sanção implica a afetação da posição jurídica do indivíduo, seja pela privação de direitos ou pela imposição de deveres.<sup>797</sup> Tem finalidade repressiva, de “reintegração da ordem jurídico-normativa violada”,<sup>798</sup> mas também um caráter preventivo, de “incentivar o cumprimento da lei, atribuindo ao seu descumprimento uma consequência negativa”.<sup>799</sup> Até aqui, não há como se negar que a perda de mandato eletivo configura sanção. Com ela, o indivíduo, mandatário, perde sua função de representante e as prerrogativas relacionadas ao

---

<sup>795</sup> URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento*: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar. Op. cit., p. 215.

<sup>796</sup> Jorge Miranda, ao tratar da perda de mandato regulada pela Constituição portuguesa, afirma que a hipótese relativa à “inscrição em partido diverso daquele por que o Deputado se tenha apresentado a sufrágio” corresponde a uma sanção (MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III – Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Op. cit., p. 239).

<sup>797</sup> MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 84.

<sup>798</sup> FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 81.

<sup>799</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42.

cargo. Pela posse do suplente ainda vinculado ao partido político pelo qual o trãnsfuga se elegeu, busca-se reintegrar a ordem jurídica e social violada, com a recomposição da representatividade das forças políticas nas casas parlamentares. A perda de mandato em face do abandono do partido traz como efeito o desincentivo a este comportamento. Estão presentes as funções repressiva e preventiva. O abandono do partido, pela leitura dos ministros, é um fato desaprovado socialmente. À reprovabilidade da conduta estaria ligada uma consequência danosa. Materialmente, a sanção resta configurada.

No sistema jurídico brasileiro, no entanto, não pode haver sanção sem previsão legal expressa, seja da definição do ilícito, seja da determinação da pena a ele conectada (artigo 5º, XXXIX da Constituição). Na hipótese aventada, não há, realmente, previsão em norma jurídica (legal ou constitucional) nem da conduta que agora se considera reprovável, nem de sua punição. Mas, sem essa previsão expressa, não parece ser possível imputar a uma conduta lícita – e derivada da liberdade de associação – um resultado tão grave como a perda do mandato eletivo. A noção de Estado de Direito consagrado na Constituição de 1988 inibe tais visões pragmáticas que simplesmente desconsideram o importante “princípio da tipicidade” como um elemento integrante do ideal de segurança jurídica construído como uma garantia do cidadão contra a arbitrariedade do Estado (isso em termos genéricos, todavia, a situação se agrava sobremaneira em se tratando o caso da “pena de perda do mandato representativo” – por certo a situação nesta hipótese é ainda mais grave).

Acrescente-se a isso a determinação, pelos votos prevalecentes, da garantia do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, no processo de decretação de perda de mandato por desfiliação partidária sem justa causa. Essa prescrição, acolhida pela Resolução 22.610, apenas faz sentido em face da aplicação de uma sanção. Se fosse exercício de direito, ato lícito, sacrifício de direito ou renúncia tácita, não haveria porque cercar a produção de seus efeitos destas garantias.

A hermenêutica propugnada pelo Tribunal Superior Eleitoral, notadamente na lavra do Ministro Carlos Ayres Britto, na realidade promove um *gerrymandering* interpretativo; ou seja, sua única função é tentar justificar a “revelação” desta hipótese de perda de mandato construída em franca oposição ao texto constitucional. No entanto, os argumentos utilizados, para além de equivocados, são internamente contraditórios.

O entendimento dominante eleva a exigência constitucional de fidelidade partidária como condição de elegibilidade à condição de fundamento da perda de mandato pelo abandono do partido pelo qual o representante foi eleito. Isso não está na Constituição. A

Constituição não exige – e a prática constitucional não exigiu por vinte anos<sup>800</sup> – a filiação partidária para o exercício do mandato. Exaltar os partidos políticos por seu papel na democracia (mais o papel que deveriam exercer do que o papel que de fato exercem) não pode levar a dizer que a Constituição diz mais do que diz. Ainda que possa parecer esquizofrênico para alguns intérpretes, a Constituição somente permite exigir a filiação partidária para concorrer a mandato eletivo, não mais que isso.<sup>801</sup>

A contradição mais explícita parece residir na adoção da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta 1398 como termo inicial para a compreensão da possibilidade de perda de mandato quando da desfiliação partidária por parte do representante. Os ministros se referem ao princípio da segurança jurídica e também à natureza jurídica não vinculativa e sem índole constitutiva das respostas às consultas pela Justiça Eleitoral e, ainda assim, por maioria, aceitam a perda de mandato a partir dessa manifestação “pedagógica”. O Ministro Gilmar Mendes alude à publicação das decisões, mas mantém esse termo inicial. Marcante é o pronunciamento do Ministro Celso de Mello, afirmando que a resposta do Tribunal Superior Eleitoral indica veemente revisão jurisprudencial, evidenciada pela manifestação de três ministros do Supremo Tribunal Federal afirmativamente à consulta. Mas o peso das manifestações anteriores do Supremo Tribunal Federal e a ausência de alteração do texto constitucional, argumentos mais vigorosos, apontavam em sentido oposto. O Ministro Marco Aurélio alega essa incongruência, mas fica vencido.

A resposta do Tribunal Superior Eleitoral a consultas, no exercício de sua função administrativa, não é norma. Não é ato normativo, não cria, não extingue direitos. Jamais poderia, portanto, servir de termo inicial para a criação de qualquer direito ou restrição, muito menos de uma hipótese de perda de mandato eletivo. E, ainda que fosse ato administrativo constitutivo, estaria em franca oposição à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ainda resta avaliar a postura hermenêutica dos ministros do Supremo Tribunal Federal e verificar sua adequação a um Estado Democrático de Direito e ao equilíbrio indispensável entre jurisdição constitucional e democracia.

O Ministro Eros Grau, relator de um dos mandados de segurança, vota pelo não conhecimento das ações. Verifica a inadequação do instrumento processual em face da

---

<sup>800</sup> Quem sabe o tempo seja a pista. O Supremo Tribunal Federal concordaria com Thomas Jefferson e considera que a Constituição expirou após dezenove anos, conforme aponta John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 11). Em vista das novas circunstâncias, decidiram dar novo significado ao texto, ainda que inequivocadamente contrário à vontade do constituinte. Nada menos democrático.

<sup>801</sup> Afirma Maria Lúcia F. Comparato: “Não há jurídica e legalmente obrigatoriedade de filiar-se a partido político para desempenhar o mandato até o seu final” (COMPARATO, Maria Lúcia F. *Fidelidade Partidária*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 96, p. 283-284, out./dez. 1990, p. 283-284).

ausência manifesta de liquidez e certeza do direito alegado pelos partidos políticos. Afirma a impossibilidade de alterar o sentido da Constituição pela construção jurisprudencial em sede de mandado de segurança, em que não há dilação probatória.

Essa postura claramente minimalista, que dá resposta à demanda – resposta que quase coincide com a manifestação da maioria da Corte, pois nove ministros denegam a segurança – mas não constrói texto constitucional, parece bastante adequada. Os juízes minimalistas apenas decidem casos, e um de cada vez, sem se posicionar desnecessariamente em controvérsias, sem construir regras gerais. O que pode parecer covardia para os ativistas (em todos os sentidos: os que se afastam da Constituição ao decidir, os que contrariam as decisões anteriores e os que afugentam as decisões democráticas) é o reconhecimento da falta de legitimidade democrática forte dos juízes, não eleitos e vitalícios.<sup>802</sup>

O tema da fidelidade partidária, os ministros reconheceram, não é pacífico. Ainda assim, decidiram, por maioria, construir não apenas uma norma constitucional inconstitucional (de hierarquia constitucional, porém contrária à Constituição), mas estabelecer as suas exceções, atribuir competência para a sua aplicação, indicar traços do rito a ser adotado. A ementa do mandado de segurança 26.603, de relatoria de Celso de Mello, tem oito páginas, com vários fundamentos que passaram a normatizar a vida democrática sem passar por um debate político. Os ministros aludiram, muitas vezes, ao que deveria ser, ao que seria coerente, à sua visão do desenho constitucional adequado para o sistema brasileiro. O pensamento vitorioso é perfeccionista, pois busca tornar o texto constitucional o melhor possível a partir da interpretação, da eleição de valores que os ministros consideram mais elevados.<sup>803</sup> Tal posicionamento tende a desrespeitar a democracia e ignorar a falibilidade dos juízes.<sup>804</sup> No caso da fidelidade partidária, os ministros da Corte Suprema desrespeitaram o poder constituinte, o processo legítimo e democrático da construção da Constituição. Substituíram a decisão lá tomada, em um processo de ampla e robusta discussão, pela escolha de onze (ou melhor, oito) ministros. E criaram uma prescrição de hierarquia constitucional em contradição com uma norma constitucional originária.<sup>805</sup>

---

<sup>802</sup> Essa é a análise de Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. Op. cit., p. 27 e ss).

<sup>803</sup> Há que se assinalar, no entanto, que o processo democrático de tomada de decisões leva, eventualmente, à eleição de valores com os quais alguns indivíduos podem discordar fortemente, como aponta John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Op. cit., p. 248 n 52). Efeitos democráticos de processos democráticos.

<sup>804</sup> Novamente como ressalta Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. Op. cit., p. 51).

<sup>805</sup> Ainda que seja possível sustentar falhas na convocação da Assembleia Nacional Constituinte e mesmo no processo constituinte, por conta da atuação do Centrão (Centro Democrático), questionando seu caráter totalmente democrático, isso não leva à afirmação de que os tribunais (e muito menos o tribunal máximo) sejam mais democráticos que a representação política. Aceitar que as legislaturas não são totalmente democráticas não

Não se pretende negar a imbricação entre Direito e moral ou se afirmar que a moral é um campo completamente distinto do Direito. A moral política deve ser considerada o coração do Direito Constitucional.<sup>806</sup> O Direito e a moral são conexos conceitual, justificatória, interpretativa e diretamente, e a aceitação do Direito como válido pressupõe um julgamento moral, que também valida o consentimento democrático como critério de legitimidade.<sup>807</sup> Tomada a Constituição como decisão política fundamental,<sup>808</sup> o conteúdo dessa decisão será necessária e ontologicamente embebido de julgamentos, padrões e decisões morais.<sup>809</sup> A estrutura de uma comunidade política<sup>810</sup> e a eleição dos valores fundamentais de convivência e de critério de justiça exigem uma postura moral que dê base para o ordenamento jurídico.

Uma leitura moral, que reconheça a existência de cláusulas abertas na Constituição a serem preenchidas por um conceito de justiça compartilhado extra-subjetivamente, não pode permitir, no entanto, que a concepção moral subjetiva e individual do julgador sobreponha-se a uma decisão política constituinte democrática.<sup>811</sup>

A linguagem utilizada pelos ministros que definiram a imposição constitucional da perda de mandato em caso de desfiliação partidária pelos representantes evidencia uma carga moralista bastante elevada.<sup>812</sup> Há uma sobrevalorização dos partidos políticos, que não parece

---

torna o Poder Judiciário mais democrático, como ressalta John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Op. cit., p. 67), não obstante sua atuação possa melhorar o desempenho democrático daquelas, como indica Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2. edição. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 426-427). Ainda, com Roberto Gargarella, é indispensável ressaltar que a decisão judicial não está aberta à participação ou ao controle e que o Poder Judiciário conta com credenciais democráticas débeis (GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Op. cit.).

<sup>806</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Op. cit., p. 2. Ronald Dworkin chega a sugerir que devemos compreender o direito como um departamento da moralidade (DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 34), o que soa exagerado.

<sup>807</sup> Conforme o desenvolvimento de Carlos Santiago Nino (NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Op. cit.).

<sup>808</sup> Segundo a leitura de Carl Schmitt (SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Tradução: Jeffrey Seitzer. Chicago: Duke University Press, 2008 [1928], p. 75).

<sup>809</sup> Novamente, como ressalta Carlos Santiago Nino (NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Op. cit., p. 34).

<sup>810</sup> Comunidade política implica uma comunidade moral, firmada a partir de condições estruturais e relacionais (DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Op. cit., p. 23-24).

<sup>811</sup> A interpretação das normas constitucionais a partir de exigências morais traz a melhor decisão, “mais justa e íntegra compreensão da constituição e dos compromissos lá assumidos pela comunidade política”. Mas os aplicadores do direito devem fazer uma leitura moral “não segundo as suas convicções pessoais ou a tradição da classe a que pertencem, mas em atenção à história política e social da comunidade em que vivem”, como aponta Vera Karam de Chueiri (CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Direito e discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 161-171, p. 163-164).

<sup>812</sup> O realismo reconhece a humanidade dos juízes e a possibilidade de que seus valores pessoais interfiram em suas decisões. Isso, no entanto, deixa o Estado de Direito na dependência da virtude dos magistrados. Essa

ter correspondência na vida política nacional e nem no ordenamento jurídico, bem como a invenção de um eleitor modelo, racional e razoável, que escolhe seus representantes pela ideologia partidária e espera de seu eleito o cumprimento dos objetivos estatutários do partido.<sup>813</sup> E, dessas falsas premissas, revelam uma verdade absoluta a partir de um inexistente pressuposto conjunto de princípios morais objetivo e passível de ser descoberto, inaceitável para uma sociedade pluralista e democrática.<sup>814</sup>

Reafirma-se o papel do Poder Judiciário na proteção das regras do jogo democrático.<sup>815</sup> Isso, no entanto, sem afirmar que os ministros, indicados, não eleitos e vitalícios, refletem melhor do que os representantes os valores sociais e possam estabelecê-los em substituição àqueles.<sup>816</sup> Os constituintes não adotaram a perda de mandato por infidelidade partidária – não foi sequer uma decisão postergada, foi uma escolha considerada e debatida; os representantes políticos não emendaram a Constituição para incorporá-la ao sistema. Não se pode permitir que isso seja feito por “oráculos” judiciais.

A escolha constituinte de um valor e de princípios dele derivados impedem que a interpretação judicial seja realizada com ampla discricionariedade, inclusive com fundamentação em valores e princípios contrapostos aos estabelecidos na Constituição.<sup>817</sup>

A decisão do Supremo Tribunal Federal que constitui a regra constitucional da fidelidade partidária não passa em nenhum dos testes de conformidade, adequação ou consistência.<sup>818</sup> Não considera o Direito como integridade, pois não respeita a exigência de estabilidade nem interpreta o sistema de direitos como uma expressão coerente de justiça,<sup>819</sup> mas estabelece seu próprio critério de justiça e de conformidade, a partir de uma leitura subjetiva e perfeccionista. Parte da decisão judicial não como uma questão de princípio, mas

---

preocupação é compartilhada por John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Op. cit., p. 44).

<sup>813</sup> Há quase uma mitificação dos partidos, semelhante à realizada em relação ao povo por regimes falsamente democráticos. Como o povo ícone, apresentado por Friedrich Müller (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 65-73).

<sup>814</sup> Como bem acentua John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Op. cit., p. 54).

<sup>815</sup> Luís Roberto Barroso afirma que geralmente “o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes só restará o Judiciário para preservá-los” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 390).

<sup>816</sup> John Hart Ely insiste nesse ponto (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Op. cit., p. 102-103).

<sup>817</sup> Conforme ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 8, v. 24, p. 9-45, sep./dec. 1985., p. 23-25.

<sup>818</sup> Antes parece adequar-se perfeitamente à caracterização da jurisdição constitucional brasileira feita por Clèmerson Merlin Clève: “loteria judicial” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. Palestra proferida na Semana Acadêmica do Centro Acadêmico Hugo Simas – UFPR, Curitiba, 17.set. 2008).

<sup>819</sup> Como exige o pensamento de Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Op. cit., p. 441).

“de compromisso, estratégia ou acomodação política”,<sup>820</sup> afirmando, pragmaticamente, que isso pode reduzir a crise de representatividade, que pode melhorar a qualidade da democracia. Não demonstra sua coerência com a compreensão anterior, quebra a “cadeia do Direito”,<sup>821</sup> desrespeitando a unidade e transformando a obra pela interpretação.<sup>822</sup> O Supremo Tribunal Federal não compreende o Direito como uma prática social, em que sua decisão compõe um trabalho coletivo sobre cujo resultado final nenhum sujeito ou colegiado tem controle,<sup>823</sup> não vê a Constituição como uma catedral construída ao longo do tempo ao não considerar o descompasso de sua decisão com as ações anteriores (e possivelmente posteriores) dessa obra coletiva que é o ordenamento jurídico.<sup>824</sup>

Finalmente, a decisão em comento não passa nos testes propostos por Roberto Gargarella.<sup>825</sup> Não respeita a consistência e a igualdade, tratando diferentemente os mandatários trânsfugas com base em um critério arbitrário, elevando a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta 1398 ao status de norma constitucional; não respeita a prática democrática (neste caso específico a atuação democrática dos constituintes); não respeita a autonomia, desqualificando o eleitor que escolhe candidatos e não partidos.

Desde março de 2007, no entanto, aplica-se a perda de mandato por desfiliação partidária sem justa causa, ainda que não tenha havido alteração constitucional em relação ao tema. O Supremo Tribunal Federal modifica a configuração constitucional em relação à liberdade para o exercício do mandato.<sup>826</sup>

A liberdade para o exercício do mandato eletivo é princípio constitucional estruturante. Não está ao alcance do poder de reforma da Constituição, do Poder Legislativo e, com maior razão, do Poder Judiciário. A decisão é eivada de inconstitucionalidade pela afronta ao princípio. Mas não é só isso.

Essas decisões ofensivas à Constituição também revelam seus vícios a partir de um duplo ponto de vista. Primeiramente, há uma ausência de legitimidade histórica, evidenciada tanto em relação à norma positivada – o texto constitucional intencionalmente não acolhe a

---

<sup>820</sup> De forma inaceitável, como aponta Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Op. cit., p. 83).

<sup>821</sup> Alegoria de Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Op. cit., p. 275-286).

<sup>822</sup> Como denuncia Vera Karam de Chueiri (CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade*. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM Editora, 1995, p. 98-99).

<sup>823</sup> Exigência de um sistema democrático, como impõe o pensamento de Carlos Santiago Nino (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op. cit., p. 54).

<sup>824</sup> Alegoria de Carlos Santiago Nino (NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005 [1992], p. 63-66).

<sup>825</sup> GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 87-124.

<sup>826</sup> Essa decisão histórica será tratada novamente no capítulo 5 desta segunda parte, quando será analisado o princípio da estrita legalidade eleitoral.

perda de mandato por infidelidade partidária conforme demonstram as discussões na Assembleia Nacional Constituinte – como considerando as decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, há uma incompatibilidade sistemática: o mandato eletivo configurado constitucionalmente é representativo, e o mandatário atua com liberdade; a previsão de fidelidade partidária está referida ao estatuto dos partidos; e há um conjunto de prerrogativas direcionadas aos congressistas.

A ausência de legitimidade histórica implica a incompatibilidade sistemática – a Constituição estabelece o sistema eleitoral, o modelo de mandato e o estatuto dos congressistas sem incluir nesse desenho a fidelidade partidária. Da inexistência de incompatibilidade sistemática decorre a ilegitimidade histórica: na falta de suporte constitucional para a “extração” da fidelidade partidária, a construção jurisprudencial é incoerente com as decisões constituintes, legislativas e jurisprudenciais anteriores.

### 3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NECESSÁRIA PARTICIPAÇÃO DAS MINORIAS NO DEBATE PÚBLICO E NAS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS

O desenho constitucional da democracia brasileira, a partir do ideal republicano e da exigência de tratamento com igual consideração e respeito de todos os cidadãos, aponta uma escolha política fundamental em harmonia com os princípios constitucionais gerais: a ênfase na participação das minorias no debate público e na composição das instituições políticas.<sup>827</sup>

Trata-se de desenvolvimento do pluralismo político,<sup>828</sup> estabelecido como fundamento da República e que configura a democracia brasileira, e do princípio da igualdade eleitoral.<sup>829</sup> A democracia brasileira é fortemente pluralista, o que exige a convivência entre uma diversidade de concepções de mundo e de crenças e decisões: aberta, com audiência, participação e diálogo.<sup>830</sup> Se, como afirma Jürgen Habermas, o Estado de Direito “estabelece a esfera pública atuando politicamente como órgão do Estado para assegurar institucionalmente o vínculo entre lei e opinião pública”,<sup>831</sup> a participação, inclusive institucional, das opiniões e ideologias da sociedade deve ser garantida e fomentada. Afinal um espaço público excludente não é apenas incompleto: nem sequer é espaço público.<sup>832</sup>

---

<sup>827</sup> Aroldo Mota ressalta que a preocupação com a representação das minorias estava presente desde a primeira Constituição republicana (artigo 8º) e repetiu-se com mais ênfase na reforma constitucional de 1926 (artigo 6º, h) (MOTA, Aroldo. *O Direito Eleitoral na Constituição de 1988*. Fortaleza: Stylus, 1989, p. 69). O primeiro anteprojeto de Constituição apresentado pelo relator Bernardo Cabral trazia em seu preâmbulo referência à representação proporcional e à participação das minorias no Parlamento. Para Gilberto Amado, no entanto, o sistema proporcional não visa à representação das minorias, mas “à representação de todas aquelas opiniões que, existindo em força numérica suficientemente importante para significar uma corrente de idéias, têm o direito de influir, na proporção da sua força, no governo do país” (AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999 [1931], p. 61-62).

<sup>828</sup> O pluralismo político é visto, com Alcides Munhoz da Cunha, como a face dinâmica do pluralismo ideológico (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Justiça Eleitoral e autenticidade do sistema representativo. Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 33, p. 23-33, jul. 1999, p. 23-33).

<sup>829</sup> José Joaquim Gomes Canotilho afirma que “o **princípio da igualdade eleitoral não é uma função do sistema eleitoral** a regular pelo legislador. Pelo contrário: o princípio da igualdade, juntamente com outros princípios constitucionais, possui um *caráter constitutivo* para a definição e conformação de todo o sistema eleitoral” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 301). Grifos no original.

<sup>830</sup> Conforme a concepção de Luis Sanchez Agesta. SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 7. ed. Madrid: Universidade de Madrid, 1980, p. 101-102. Com José da Cunha Nogueira, “[o] pluripartidarismo possibilita a organização, atuação, evidência e representação de múltiplas correntes ponderáveis da opinião pública, dando maior liberdade às expressões democráticas, sob o império do diálogo no entrechoque das oposições” (NOGUEIRA, José da Cunha. *Manual prático de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 29).

<sup>831</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984 [1961], p. 101.

<sup>832</sup> *Ibid.*, p. 105. Para o autor, a distribuição desigual dos direitos políticos vigente no Estado liberal não significava uma exclusão da esfera pública, mas “a mera ratificação jurídica de um status originado economicamente na esfera privada, ou seja, o status do homem privado ao mesmo tempo educado e proprietário” (p. 106).

Esse ponto de vista também é defendido por Roberto Gargarella. O autor afirma que as decisões políticas que atinjam as minorias (não necessariamente minorias numéricas, mas os grupos sem acesso ao poder) devem ser deliberadas e tomadas com a “presença efetiva” dessas minorias, inclusive institucionalmente. Trata-se de uma exigência epistêmica para alcançar uma decisão imparcial quanto aos interesses dos afetados e para que argumentos não compartilhados por todos sejam trazidos para o debate.<sup>833</sup>

A todos deve se reconhecer a liberdade de participação. Mas isso não é suficiente. Não basta a possibilidade de serem ouvidos. Impõe-se que todos os interesses sejam igualmente considerados. A participação de grupos minoritários ou de partidos menores na tomada de decisão é indispensável para a configuração da democracia. Restam injustificadas, assim, as determinações infraconstitucionais que restringem a expressão, a participação e a consideração dos interesses das minorias.

Assim se manifesta Lilian Márcia Balmant Emerique, relacionando a igualdade eleitoral com a escolha do sistema eleitoral: “o princípio da igualdade eleitoral assume um caráter constitutivo para a estruturação do sistema proporcional. E o dito sistema, por sua vez, deve ser encarado como um elemento fundamental para a caracterização do princípio democrático”.<sup>834</sup> Antes, Gilberto Amado já havia defendido o sistema proporcional como essencial para a igualdade do voto, como o sistema democrático por excelência e como “o esplendor supremo do sufrágio universal”.<sup>835</sup>

O pluralismo político é o fundamento do princípio constitucional da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas.

Karl Loewenstein aponta o pluralismo (em sentido amplo, incorporando aspectos religiosos, culturais e profissionais) como um dos controles verticais entre os detentores e os destinatários do poder, ao lado do federalismo e das garantias das liberdades individuais. Para o autor, a existência de grupos pluralistas limita os detentores do poder e as decisões políticas, em livre competição, formam-se a partir de um compromisso entre os interesses pluralistas.<sup>836</sup>

No pluralismo, há uma “sociedade disposta sobre uma multiplicidade de grupos portadores de interesses diversos”, não necessariamente incompatíveis. E a finalidade de uma democracia pluralista, acentua Lilian Márcia Balmant Emerique, é a institucionalização da

---

<sup>833</sup> GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonzo Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [1999], p. 173-174. O autor questiona a política de cotas, mas defende uma política de grupos.

<sup>834</sup> EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Direito fundamental como oposição política: discordar, fiscalizar e promover alternância política*. Curitiba: Juruá. 2006, p. 60.

<sup>835</sup> AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999 [1931], p. 52 e 73.

<sup>836</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976 [1961], p. 422-425.

divergência.<sup>837</sup> Já o princípio proporcional é constitutivo do desenho democrático brasileiro e é instrumento de garantia da participação das minorias no debate público e nas instituições políticas.<sup>838</sup>

### 3.1 O SISTEMA ELEITORAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A Constituição traz como constitutivo da democracia brasileira a exigência de um debate robusto, em que todas as vozes têm espaço para sua manifestação e devem ser levadas a sério<sup>839</sup> e uma de suas evidências é a configuração do sistema eleitoral.

Na democracia brasileira “toda ou qualquer seção [do povo] deve ser representada, não desproporcionalmente, mas proporcionalmente”, com a eleição de representantes da minoria, que serão a minoria dos representantes.<sup>840</sup> A representação proporcional busca a igualdade na relação número de votos / número de cadeiras, criando uma situação de “justiça eleitoral”,<sup>841</sup> desejada e configurada pela Constituição.

Sistema eleitoral é a fórmula que traduz a vontade popular em representação política, “o conjunto de técnicas e procedimentos que se empregam na realização das eleições, destinados a organizar a representação do povo no território nacional”.<sup>842</sup>

---

<sup>837</sup> EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Direito fundamental como oposição política: discordar, fiscalizar e promover alternância política*. Op. cit., p. 87 e 90.

<sup>838</sup> Em face da Constituição de 1967, Pontes de Miranda se refere a dois reflexos do princípio proporcional: a proporcionalidade na composição dos órgãos legislativos e a proporcionalidade na representação interna ou “princípio da co-participação pluripartidária nas Comissões” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t. 4, p. 564). Roberto Barcellos de Magalhães também ressalta o sistema proporcional na Carta de 1967 e afirma sua capacidade de distribuição equitativa de representação das correntes de opinião (MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *A Constituição Federal de 1967 comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. 2, p. 385).

<sup>839</sup> Para Reinhold Zippelius, “[f]az parte da concepção básica de democracia que todos os possíveis interesses e opiniões tenham uma oportunidade de competirem entre eles, e que procurem adquirir influência sobre a ação estatal” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Tradução: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 [1994], p. 299).

<sup>840</sup> MILL, John Stuart. *Governo Representativo*. Tradução: E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964 [1861], p. 89.

<sup>841</sup> MEYNAUD, Jean. *Sistemas eleitorais*. Brasília: Projeto Rondon, [1980?].

<sup>842</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 368. Para Augusto Aras, sistema eleitoral é o “conjunto de técnicas que se prestam a organizar o eleitorado e designar a forma como serão eleitos os representantes políticos dos cidadãos, explicitando o modo com que os votos dos eleitores se materializarão em mandatos eletivos” (ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda de mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 87). José Antônio Giusti Tavares, por sua vez, afirma: “Sistemas eleitorais são construtos técnico-institucional-legais instrumentalmente subordinados, de um lado, à realização de uma concepção particular da representação política e, de outro, à consecução de propósitos estratégicos específicos, concernentes ao sistema partidário, à competição partidária pela representação parlamentar e pelo governo, à constituição, ao funcionamento, à coerência, à coesão, à estabilidade, à continuidade e à alternância dos governos, ao consenso público e à integração do sistema político” (TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 17).

A escolha do sistema eleitoral a ser aplicado é uma decisão política fundamental de âmbito constitucional e influencia a participação popular na formação da vontade política e a organização partidária.

Embora se reconheça a existência de tantos sistemas eleitorais quanto forem os diplomas legislativos que o normatizam,<sup>843</sup> serão analisados aqui os dois tipos ideais: o sistema majoritário e o sistema proporcional, este último também conforme disposto ao longo do tempo na legislação brasileira.

Em estudo aprofundado sobre o tema, Luís Virgílio Afonso da Silva apresenta cinco variáveis dos sistemas eleitorais<sup>844</sup>: a) a magnitude da circunscrição (a quantidade de mandatos a serem definidos em cada circunscrição) e sua divisão e distribuição geográfica; b) a forma de apresentação das candidaturas (pessoal ou pelos partidos políticos); c) a modalidade do voto; d) a fórmula eleitoral; e) a magnitude da câmara (a quantidade de representantes políticos). O autor afirma duvidar da importância deste último item na configuração dos sistemas eleitorais – pois seria absorvido pela magnitude da circunscrição eleitoral.<sup>845</sup>

Em relação ao primeiro ponto, a existência de um único cargo em disputa exclui a aplicação do sistema proporcional. É o que acontece na eleição para chefe do Poder Executivo nas três esferas da Federação e quando o Senado é renovado por um terço. Nos demais casos, os dois sistemas são aplicáveis. No Brasil, adota-se o sistema majoritário também na renovação de dois terços do Senado e o sistema proporcional para as demais casas legislativas.

A fórmula eleitoral é o que caracteriza, de fato, o sistema eleitoral, ao traduzir a vontade popular em representação política. Pode ser majoritária (em que são eleitos os candidatos que alcançarem o maior número de votos) ou proporcional (que leva em consideração os votos dados ao partido ou coligação e os atribuídos a outros candidatos sob a

---

<sup>843</sup> Trata-se de um tema que encontra tratativa por juristas e por cientistas políticos. Algumas colaborações destes serão trazidas ao trabalho, nos limites possíveis de quem não compartilha sua gramática. Ainda, será dada atenção às análises científicas, mas principalmente às escolhas constituintes, juridicizadas em dispositivos de hierarquia superior.

<sup>844</sup> Arend Lijphart indica sete parâmetros para a caracterização dos sistemas eleitorais: fórmula eleitoral, magnitude dos sistemas eleitorais, barreira eleitoral, número total de membros da assembleia eleita, influência das eleições presidenciais sobre as eleições legislativas, grau de desproporcionalidade e vínculos eleitorais interpartidários (LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 170). Para a presente pesquisa, assume-se como suficiente a sistematização de Luís Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999).

<sup>845</sup> Ibid., p. 41 e seguintes.

mesma legenda para determinar os eleitos).<sup>846</sup> Quando há a adoção do sistema majoritário para a eleição do Parlamento com a divisão em distritos da circunscrição, fala-se em sistema distrital.

Ao tratar dos dois princípios, Arend Lijphart estabelece a distinção entre democracia majoritária e democracia consensual, quando da resposta à questão de quem governa e quais interesses o governo deve atender – a primeira afirma a prevalência da maioria do povo e adota o sistema majoritário; a segunda impõe a necessidade de abranger o maior número possível de pessoas, determina a negociação e acolhe o sistema proporcional.<sup>847</sup>

A divisão da circunscrição coincide com a divisão geográfica dos estados federados e dos municípios. Na formação da Câmara de Deputados, pelos limites impostos pela Constituição,<sup>848</sup> há disparidade entre o peso do voto nos diversos estados,<sup>849</sup> mas isso não ocorre nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras de Vereadores. No caso da adoção do sistema distrital, a divisão dos distritos passa a ser determinante para a legitimidade e autenticidade do resultado da eleição.

Embora as agremiações partidárias existam desde o Império, apenas a partir de 1945 passou-se a exigir que os candidatos a cargos eletivos fossem apresentados pelos partidos (artigo 39 do Decreto-Lei 7.586/45 – Lei Agamenon). O Código Eleitoral de 1932 previa o registro, cinco dias antes da eleição, de candidatos apresentados por partidos, aliança de partidos ou grupo de pelo menos 100 pessoas. Na Constituinte de 1934, além dos deputados eleitos diretamente, havia representantes classistas, escolhidos por delegados dos sindicatos e associações. Durante as discussões sobre a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 muitos juristas defenderam a possibilidade de candidaturas avulsas,<sup>850</sup> mas a proposta foi afastada.

---

<sup>846</sup> Luís Virgílio Afonso da Silva apresenta diversas fórmulas proporcionais e discorre sobre as vantagens de cada uma delas (Ibid., p. 52-64). José Antônio Giusti Tavares estabelece um *continuum* de proporcionalidade em que a eleição por pluralidade em listas partidárias hierarquizadas, fechadas e bloqueadas em uma circunscrição nacional ocupa o extremo da não proporcionalidade absoluta e a representação proporcional integral em colégio eleitoral nacional único está no extremo da perfeita proporcionalidade (TAVARES, José Antônio Giusti. Op. cit., p. 18).

<sup>847</sup> LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. Op. cit., p. 17-19.

<sup>848</sup> Artigo 45, *caput* e parágrafo 1º da Constituição: “Artigo 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”.

<sup>849</sup> Segundo dados da eleição de 2006 para deputado federal, o quociente eleitoral – número de votos necessários para a eleição de um deputado – de São Paulo foi de 292.676 votos, enquanto o de Roraima representou 23.866 eleitores. Essa disparidade também é tema de discussão da eterna reforma política.

<sup>850</sup> Entre eles Eros Roberto Grau, Márcio Thomaz Bastos, Ives Gandra da Silva Martins e Dalmo de Abreu Dallari. A possibilidade de apresentação de candidaturas avulsas, para Orides Mezzaroba, é um fator de desprestígio e de tentativa de dispersão dos partidos políticos (MEZZAROBA, Orides. *O Partido Político no*

Interessante ressaltar que, no âmbito do ordenamento espanhol, Óscar Sánchez Muñoz aponta a liberdade de apresentação de candidaturas como constitutiva do princípio da igualdade na disputa eleitoral e como reflexo do pluralismo. Lá a apresentação de candidatos pode ser feita por partidos, federações e coalizões de partidos e por agrupamentos de eleitores. O autor resalta como requisitos democráticos da elaboração das candidaturas a democracia intrapartidária e a democracia paritária.<sup>851</sup>

A exigência de apresentação de candidaturas pelos partidos faz Luís Virgílio Afonso da Silva afirmar que o sistema proporcional adotado no Brasil é de lista fechada e não-hierarquizada, em contraposição às listas bloqueadas (nas quais a ordem dos candidatos a preencherem as vagas obtidas pelos partidos é definida em convenção) e às listas abertas (em que “não só é permitido ao eleitor reordenar a ordem dos candidatos de uma lista partidária, como também a ele é facultado escolher entre diversos candidatos de várias listas”).<sup>852</sup> Na linguagem política, no entanto, o sistema brasileiro é considerado de lista aberta, ao permitir que o eleitor decida sobre quais os candidatos apresentados pelos partidos serão eleitos.<sup>853</sup>

Desde 1932, o Brasil adota o sistema proporcional, com alterações. No primeiro modelo, as vagas não distribuídas pelo quociente eleitoral (divisão do número de votos pelo número de cadeiras da casa legislativa, cabendo a cada partido o número de vagas equivalentes ao resultado da divisão do número de votos por ele recebidos pelo quociente eleitoral) eram destinadas aos candidatos majoritários. Essa fórmula foi afastada com o Decreto-Lei 7.586/45 (Lei Agamenon) que introduziu o sistema exclusivamente proporcional para a Câmara dos Deputados. Para o cálculo do quociente eleitoral os votos válidos incluíam os em branco (artigo 45), e as sobras eram preenchidas pelo partido mais votado (artigo 48).

---

*Brasil: teoria, história, legislação.* Joaçaba: UNOESC, 1995, p. 50 e 82). Se não resta dúvida quanto à sua afirmação em eleições ordinárias, não se aplica idêntico raciocínio em relação à Constituinte, principalmente pela possibilidade de ser uma Assembleia Constituinte exclusiva. Sobre o assunto e sobre o processo constituinte, ver a pesquisa anterior da autora (SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro.* Belo Horizonte: Fórum, 2007).

<sup>851</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 91, 105 e 132 e seguintes. Para o autor, o monopólio dos partidos na apresentação das candidaturas não seria antidemocrático, desde que não existissem especiais restrições à criação e ao funcionamento dos partidos e à apresentação das candidaturas, garantindo, assim, que o pluralismo político tenha reflexo na competição eleitoral (p. 110). Para além dessas características, no entanto, também os demais requisitos relacionados à igualdade na disputa eleitoral.

<sup>852</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 46.

<sup>853</sup> NICOLAU, Jairo. Voto personalizado e reforma eleitoral no Brasil. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (Orgs.). *Reforma política: lições da história recente.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 23-33, p. 25-26. O autor faz referência à singularidade do sistema brasileiro em relação ao voto na legenda, que influencia no número de cadeiras distribuídas ao partido, porém não na distribuição de cadeiras entre os candidatos. Afirma que “[n]o extremo, uma eleição em que todos os eleitores votassem na legenda, não haveria uma definição sobre quais candidatos seriam eleitos” (p. 27).

Nova mudança ocorreu com o Código Eleitoral de 1950 (Lei 1.164). No parágrafo 1º de seu artigo 46, o Código mantinha o sistema proporcional para a eleição da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais e previa a aliança de partidos (artigo 47). Na apuração do voto dava-se maior prestígio à legenda partidária. O cálculo do quociente eleitoral alterou-se apenas quanto à distribuição das sobras, que passou a ser feita pelas maiores médias entre os partidos que alcançavam o quociente eleitoral, mantido até os dias atuais.

O Código Eleitoral de 1965 (Lei 4.737), ainda em vigor apesar das inúmeras modificações e artigos não mais aplicados embora não revogados expressamente, mantém as regras para a distribuição das vagas pelo sistema proporcional. O artigo 105 proibia as coligações partidárias para as eleições proporcionais, vedação afastada pela Lei 7.454/85 (artigo 6º).

A Constituição de 1988, ao dispor sobre a eleição para a composição da Câmara de Deputados, fixa no caput do artigo 45 o sistema proporcional, sem detalhar sua fórmula, recepcionando a tratativa do Código Eleitoral de 1965. Como última mudança em relação ao sistema, a Lei 9.504/97 (Lei das Eleições) revogou o parágrafo único do artigo 106 do Código Eleitoral, excluindo os votos em branco do cálculo do quociente.

A sociedade brasileira é heterogênea.<sup>854</sup> A Constituição mostra a convivência de interesses e ideologias distintos, que se encontraram na Assembleia Nacional Constituinte e costuraram um texto compromissório. O pluralismo político é um dos fundamentos da República brasileira.<sup>855</sup> Para encontrar eco nas instituições políticas – essencialmente representativas – é necessário que o sistema eleitoral permita a representação das diversas formas de pensar existentes na sociedade.<sup>856</sup>

Essa a defesa que, ainda no século XIX, fazia John Stuart Mill: o sistema representativo deve ser estruturado de maneira a não possibilitar “a qualquer dos diversos interesses parciais tornar-se tão poderoso que chegue a prevalecer contra a verdade e a justiça e contra os outros interesses parciais combinados”.<sup>857</sup> No mesmo sentido e pouco mais de

---

<sup>854</sup> Para Arend Lijphart o sistema majoritário mostra-se perverso nas sociedades com menor grau de homogeneidade, configurando-se como antidemocrático e perigoso, ao assinalar a falta de acesso institucional às minorias, podendo levar a uma ditadura da maioria e ao enfrentamento civil (LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. Op. cit., p. 52-53).

<sup>855</sup> E o multipartidarismo é a projeção associativa do pluralismo político (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 49).

<sup>856</sup> “A representação proporcional é o primado do princípio democrático”, afirma Antônio Carlos Mendes (MENDES, Antônio Carlos. Representação proporcional (estudo de um caso). In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89-102., p. 89).

<sup>857</sup> MILL, John Stuart. *Governo Representativo*. Op. cit., p. 87.

uma década mais tarde, a análise de Francisco Belisário Soares de Souza aponta a necessidade de participação das minorias nas deliberações do Parlamento, afirmando ser “da índole do sistema parlamentar que todas as opiniões venham apresentar suas armas na arena, da qual saem as leis e o governo da sociedade”.<sup>858</sup>

Ainda que esses argumentos tenham sido utilizados para evitar o domínio absoluto das maiorias populares a partir da adoção do sufrágio universal, a manutenção do sistema proporcional nas democracias contemporâneas serve para temperar os Parلامentos com os interesses das minorias sociais, econômicas, culturais e políticas, mesmo que sejam maiorias numéricas. Ou seja: se antes a defesa do sistema proporcional se destinava à proteção da minoria proprietária, hoje pode servir para dar voz à minoria identificada como grupo sem poder, ainda que numericamente majoritária.<sup>859</sup>

A maioria é “linguagem da decisão”,<sup>860</sup> mas quem governa é a sociedade, afirma Assis Brasil. A única representação verdadeira é a que leva em consideração toda parcialidade política, para que essa se faça ouvir e influencie a tomada de decisão ou se conheçam seus defeitos: “Frauda a opinião, sem cumplicidade dos homens e sem culpa de ninguém, a não ser o legislador, a lei que estatue que metade e mais um do eleitorado farão a totalidade dos representantes”.<sup>861</sup>

Ressalta Georges Burdeau que a representação proporcional impõe-se por um argumento de justiça, pois é o único sistema que assegura a igualdade de voto. No entanto, não assegura a eficácia do governo e é difícil de ser aplicado e compreendido pelo eleitorado.<sup>862</sup>

---

<sup>858</sup> SOUZA, Francisco Belisário Soares de. *O sistema eleitoral no Império*. Brasília: Senado Federal, 1979 [1872], p. 143.

<sup>859</sup> Sobre as diferentes concepções de minoria ver GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la representación política*. Ciudad de México: Fontamara, 1997, p. 30-31.

<sup>860</sup> Afirma Wanderley Guilherme dos Santos que a produção de decisões depende da magnitude da distribuição de cadeiras, dos requisitos parlamentares de decisão e das virtualidades de coalizão, enquanto que a distribuição de cadeiras entre os partidos depende das preferências do eleitorado (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Governabilidade e democracia natural*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 82).

<sup>861</sup> ASSIS BRASIL, J-F. de. *Democracia representativa: do voto e do modo de votar*. Paris: Guillard, 1895, p. 49-51, 132 e 250. Seu projeto de lei, apresentado ao final de sua obra, combina o princípio proporcional com o princípio majoritário, para harmonizar a representação da minoria com a consolidação de uma maioria parlamentar capaz de trazer estabilidade e solidez na administração do interesse público: os candidatos que alcançarem o quociente eleitoral são considerados eleitos em primeiro turno e as vagas que sobraem são preenchidas pelos mais votados, em um sistema de votação que permite ao eleitor votar em um nome no topo da cédula (voto em primeiro turno) e em mais quantos nomes quiser (segundo turno). Este modelo foi adotado pelo Código Eleitoral de 1932.

<sup>862</sup> BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Tradução: Ramón Falcón Tello. Madrid: Editora Nacional, 1981 [1977], p. 189-190. Para o autor, a representação proporcional “*presenta un valor indiscutible, ya que sustituye por una representación equitativa al sistema mayoritario en el que la minoría no es nada*”. Hans Kelsen afirma que o Parlamento deve ser fundado sob o sistema proporcional (KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução: Ivone Castilho Benedetti et alii. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1955], p. 71. Trata-se do ensaio “Essência e valor da democracia”, publicado em 1920 e revisto em 1929).

O sistema eleitoral proporcional reflete uma luta eficaz pela proteção das minorias e se revela parcialmente incapaz de refletir todas as correntes de interesses por conta da centralização da eleição nos partidos políticos, que não conseguem absorver todas as tendências do povo, acentua Georg Jellinek.<sup>863</sup>

Carré de Malberg afirma que a adoção da representação proporcional contraria o governo representativo.<sup>864</sup> Neste, o papel da Assembleia é querer pela nação, como uma unidade, e não representar as diversas opiniões ou interesses da sociedade. O autor insere a discussão sobre a escolha entre o princípio majoritário e o princípio proporcional no contexto da controvérsia sobre a natureza jurídica do sufrágio, afirmando que o primeiro se coaduna com a percepção do sufrágio como uma potestade coletiva e o segundo se harmoniza com uma concepção de um poder individual, afastando essa ao negar um direito de soberania individual.<sup>865</sup>

A partir de outros pressupostos e mais de um século antes, Benjamin Constant se posiciona a favor da eleição por distritos, contra um colégio eleitoral único. Vê o interesse geral como a transação entre os interesses particulares e a representação geral como a “representação de todos os interesses parciais que terão de transigir naquilo que lhes é comum”. A parcialidade de cada um, unida em assembleia, transforma-se na imparcialidade de todos.<sup>866</sup>

Bernard Manin aponta que o sistema proporcional leva a governos de coalizão, o que impede um controle popular da atuação dos representantes por meio de juízos retrospectivos. Além disso, acentua a possibilidade de acusação mútua pelas decisões legislativas impopulares, o que faz decrescer a responsabilização do mandatário.<sup>867</sup>

Não obstante, o princípio proporcional é o mais adequado para garantir o caráter deliberativo da democracia brasileira e a participação das minorias nas instituições políticas e

---

<sup>863</sup> JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução: Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 74.

<sup>864</sup> “La elección proporcional es una institución esencialmente democrática, y que, por ello mismo, se concilia difícilmente con las tendencias casi aristocráticas que originalmente se hallaban contenidas en el régimen llamado representativo. Por su misma naturaleza, está destinada a evolucionar en el sentido de la democracia directa” (MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*. Tradução: José Lión Depetre. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001 [1922], p. 1156 n 7).

<sup>865</sup> Ibid., p. 1060-1063 e 1108-1111.

<sup>866</sup> CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais: Princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França*. Tradução: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989 [1815], p. 102-106. Para o autor, “[c]em deputados escolhidos por cem distritos de um Estado levam para a assembléia os interesses particulares, as preocupações locais de seus constituintes. Essa origem lhes é útil. Forçados a deliberar juntos, logo se dão conta dos respectivos indispensáveis sacrifícios. No esforço para diminuir sua extensão reside uma das maiores vantagens da forma de sua designação. A assembléia acaba sempre por uni-los em acordos e quanto mais fragmentada forem as eleições, a representação terá um caráter mais geral” (p. 105).

<sup>867</sup> MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Tradução: Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1998 [1995], p. 222.

no debate público. A soberania popular é o princípio legitimador do exercício do poder político no Brasil e se exerce coletivamente. A Constituição elege o pluralismo político como fundamento do Estado brasileiro (artigo 1º, V).<sup>868</sup> O pluralismo político e a representação política relacionam-se com a noção político-representativa constitucional e a adoção do sistema proporcional garante a “fidelidade da representação àquela pluralidade de idéias existente no interior da sociedade brasileira”.<sup>869</sup>

E por isso, além da inequívoca escolha expressa no texto constitucional,<sup>870</sup> o sistema proporcional para a eleição de deputados e vereadores é o mais adequado. Ao permitir que as casas legislativas sejam compostas de representantes vinculados a distintas correntes ideológicas, reflete de maneira mais ampla a diversidade na sociedade brasileira e promove a coexistência das diversas tendências político-ideológicas na arena política.

Jairo Nicolau evidencia as preocupações do sistema proporcional: “a) assegurar que a diversidade de opiniões de uma sociedade esteja refletida no Parlamento; e b) garantir equidade matemática entre os votos dos eleitores e a representação parlamentar”.<sup>871</sup> José Joaquim Gomes Canotilho ressalta que o sistema proporcional invoca a igualdade material (ao atender à exigência de voto igual), a adequação à democracia partidária e a representação de todos os grupos sociais.

Embora a intenção do sistema proporcional seja permitir que a representação seja proporcional às preferências políticas manifestadas pelo eleitorado, sua capacidade de reprodução do espectro social não é absoluta. Sempre há perdas, e em favor dos maiores partidos. Jefferson Dalmore e David Fleischer afirmam que no Brasil parte do desvio se deve à discrepância entre o peso do voto do eleitor nos diferentes estados e sugerem uma fórmula

---

<sup>868</sup> “O modelo pluralista [de Estado] corresponde à exigência ética de garantir ao maior número possível de pessoas um espaço autónomo para o desenvolvimento da sua personalidade e garantia dos seus interesses que seja compatível com os interesses e desejos de desenvolvimento, igualmente legítimos, dos seus concidadãos” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 301).

<sup>869</sup> MEZZARROBA, Orides. O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea. In: \_\_\_\_\_. *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 59-101, p. 93-93.

<sup>870</sup> Essa a opinião de José Antônio Giusti Tavares. O autor assinala a previsão (e seu afastamento, no decorrer de processo constituinte) de sistema misto (distrital e proporcional) no primeiro projeto de Constituição e no primeiro substitutivo, o que revela a consagração do “consenso histórico de que desfruta a representação proporcional no Brasil” (TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Op. cit., p. 23). Vale ressaltar que o sistema de representação proporcional é limite material expresso ao poder de reforma na Constituição portuguesa (artigo 288º, h), não sendo admissível sua relativização ou “qualquer ‘engenharia de círculos’ que perverta, na prática, a regra da proporcionalidade” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 301). Assim dispõe o artigo 288 da Constituição portuguesa: “As leis de revisão terão de respeitar: ... h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional”.

<sup>871</sup> NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais: uma introdução*. Rio de Janeiro: FGV, 2001, p. 31.

eleitoral distinta para cada estado.<sup>872</sup> Miguel Reale aponta a “aparência de representação proporcional”, viciada pela desproporção dos representantes de cada Estado, apontando como efeitos possíveis a eleição de um presidente com minoria na Câmara, a possibilidade de um partido ser o mais votado no país e ter “posição secundária na Câmara” e ainda a sobre-representação de um partido com força política em determinados colégios eleitorais: “dotado de ponderável bancada e diminuto quociente eleitoral”.<sup>873</sup>

Assis Brasil apresenta a adoção de um distrito eleitoral nacional único para a eleição dos deputados federais como o ideal para alcançar uma proporcionalidade mais efetiva, e em virtude da maior liberdade para o exercício do mandato e maior independência em relação aos interesses particulares e às conveniências locais, mas indica a imensa dificuldade representada pelo vasto território nacional<sup>874</sup>.

Os opositores do sistema proporcional<sup>875</sup> defendem a superioridade das vantagens do princípio majoritário, como o favorecimento da governabilidade, a estabilidade dos governos, capacidade de ação, a tendência ao bipartidarismo ao impossibilitar, na prática, a sobrevivência de pequenos partidos e a formação de uma oposição consistente.<sup>876</sup> Crítico da representação proporcional, Luiz Navarro de Britto afirma que ela “constrói um mecanismo de estrangulamento das correntes de opiniões majoritárias”, negando operacionalmente a democracia.<sup>877</sup> Segundo Miguel Reale, o princípio da representação proporcional ocasiona o “multiplicar-se desmedido dos partidos políticos, com o gravame de uma carência quase absoluta de substância doutrinária”.<sup>878</sup> Para Augusto Aras, o número reduzido de partidos, proporcionado pela adoção do princípio majoritário, confere maior estabilidade ao governo ao

---

<sup>872</sup> DALMORO, Jefferson; FLEISCHER, David. Eleição proporcional: os efeitos das coligações e o problema da proporcionalidade. In: KRAUSE, Silvana; SCHMITT, Rogério (Orgs.). *Partidos e coligações eleitorais no Brasil*. São Paulo: Editora da Unesp, 2005, p. 85-113, p. 92.

<sup>873</sup> REALE, Miguel. O sistema de representação proporcional e o regime presidencial brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 7, p. 9-44, nov. 1959, p. 30.

<sup>874</sup> ASSIS BRASIL, J-F. de. *Democracia representativa: do voto e do modo de votar*. Op. cit., p. 212-213.

<sup>875</sup> O sistema proporcional brasileiro passou a sofrer um maior questionamento a partir de 2002, com o “fenômeno Enéas”. Enéas Carneiro, candidato ao cargo de deputado federal pelo Partido da Reedificação da Ordem Nacional (PRONA) por São Paulo, obteve 1.573.642 votos (8,02% dos votos válidos na eleição de 2002). Com isso, seu partido elegeu também Amauri Gasques (com 18.421 votos), Prof. Irapuan Teixeira (com 673 votos), Elimar (com 484 votos), Ildeu Araújo (com 382 votos) e Vanderlei Assis (com 275 votos). Ficaram de fora da lista de eleitos, por exemplo, Jorge Tadeu do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (com 127.977 votos) e Paulo Kobayashi do Partido da Social Democracia Brasileira (com 109.442 votos) [dados disponíveis na página do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (<http://www.tre-sp.gov.br/eleicoes/elei2002/res1t/depfed.htm>). Acesso em 23 de março de 2009].

<sup>876</sup> Wanderley Guilherme dos Santos critica o argumento de que o princípio majoritário gera mais qualidade dos corpos representativos, afirmando que “os sistemas eleitorais não filtram caráter ou competência parlamentar, apenas trazem a capacidade diferencial dos candidatos em acumular votos” (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Governabilidade e democracia natural*. Op. cit., p. 79).

<sup>877</sup> BRITTO, Luiz Navarro. A representação proporcional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 19, p. 237-255, jul. 1965, p. 254.

<sup>878</sup> REALE, Miguel. *O sistema de representação proporcional e o regime presidencial brasileiro*. Op. cit., p. 21.

reduzir o confronto entre correntes políticas, o que tem como efeito negativo enfraquecer a “dialética democrática”.<sup>879</sup>

A defesa de um dos princípios para a configuração do sistema eleitoral depende da escolha política de uma prioridade – se a função primordial das eleições parlamentares é garantir uma sólida base de apoio ao governo, dá-se preferência ao sistema majoritário; se a principal preocupação é garantir a expressão dos diversos grupos sociais, o sistema proporcional será adotado. Pela leitura da Constituição, é possível reconhecer a tomada de decisão em favor da ampla representatividade das diversas correntes de pensamento. E a aplicação do sistema proporcional na prática evidencia seu potencial de representatividade das ideologias existentes na sociedade.<sup>880</sup>

Analisando o sistema proporcional brasileiro adotado em 1945, Luiz Navarro de Britto afirma que a representação proporcional mostrou-se “um instrumento conservador, comprometendo a dinâmica da vida política brasileira”. Aduz que o sistema brasileiro dificulta o surgimento de novas forças políticas e distorce a opinião das minorias em face da desigualdade da representação do eleitorado dos diversos estados. Aponta, como Miguel Reale,<sup>881</sup> a desvirtuação da representação das opiniões no regime presidencialista, em que os partidos formam governos de coalizão. Ressalta ainda o desvio na vontade do eleitor quando da formação de coligações.<sup>882</sup>

Em relação à alegada “ingovernabilidade”, não resta razão aos opositores do sistema proporcional. Fábio Wanderley Reis afirma que a governabilidade é um atributo da sociedade, e não do aparelho estatal e que sua concepção está relacionada à ideia de eficiência, à obtenção de resultados a partir de fins dados. Na democracia, no entanto, parte-se da multiplicidade e da problematização dos fins, de amplo espectro de atores e interesses, que devem ser conciliados a partir de uma discussão democrática. O único enfoque que interessa, neste ponto, seria a “governabilidade em sentido próprio”, ou seja, possibilitar que a sociedade reconheça no Estado seu agente autêntico.<sup>883</sup>

---

<sup>879</sup> ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda de mandato parlamentar*. Op. cit., p. 97-98.

<sup>880</sup> Os resultados da eleição de 2006 para a composição da Assembleia Legislativa do Paraná reforçam esse argumento. Treze partidos obtiveram vagas – embora três deles só tenham conseguido graças a suas coligações, pois não conseguiram atingir o quociente eleitoral. Levando-se em consideração os partidos consolidados que concorreram isoladamente (pois as coligações falseiam um tanto o resultado da eleição), o Partido do Movimento Democrático Brasileiro obteve 29,68% dos votos válidos e 31,48% das cadeiras e o Partido da Social Democracia Brasileira contou com 12,39% dos votos e ficou com 12,96% das vagas de deputado estadual.

<sup>881</sup> REALE, Miguel. *O sistema de representação proporcional e o regime presidencial brasileiro*. Op. cit., p. 87-93.

<sup>882</sup> BRITTO, Luiz Navarro. *A representação proporcional*. Op. cit., p. 237-255.

<sup>883</sup> REIS, Fábio Wanderley. Dilemas da democracia no Brasil. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 391-409, p. 391-409. Jônatas Machado acentua que há uma conexão interna entre os direitos civis e políticos e dos direitos

Cesareo R. Aguilera de Prat denuncia que as teses sobre a ingovernabilidade são de inspiração neoconservadora, preocupadas com as garantias do Estado de Direito que fazem o princípio democrático “transbordar” e prejudicam o “rendimento” do regime. Seus principais alvos são a “excessiva” proliferação de partidos e “*la presión cruzada de crecientes demandas sociales difícilmente armonizables, seleccionables y aplicables*”.<sup>884</sup>

Para Fábio Konder Comparato, a questão política brasileira não se centra em uma pretensa crise de governabilidade, mas na “tentativa absurda de fazer funcionar a democracia sem o povo”.<sup>885</sup>

Uma das críticas feitas ao sistema proporcional, no entanto, deve ser considerada, embora sob um prisma ligeiramente diverso. Brada-se contra a existência de um número excessivo de partidos políticos<sup>886</sup> como efeito da adoção do sistema proporcional. Isso é inegável ao se contrapor com a aplicação do princípio majoritário para todos os cargos. Não se concorda, contudo, que seja um mal em si.<sup>887</sup> Como já defendido, a democracia brasileira é eminentemente representativa e o ordenamento jurídico exige a intermediação dos partidos para a escolha dos representantes. Logo, a configuração jurídico-política brasileira exige partidos que alcancem largamente o espectro ideológico compartilhado pela sociedade. Além disso, outras formas de controle da proliferação partidária são encontradas no Direito brasileiro, como a distribuição desigual do fundo partidário, a concessão graduada do direito de antena e a polêmica cláusula de barreira, manifestamente inconstitucional.

Ressalte-se, novamente, que o pluralismo político é um dos princípios fundamentais da República, elencado no artigo primeiro da Constituição. Assim sendo, a existência de

---

sociais, pois o estabelecimento dos objetivos sociais – os fins do agir estatal – devem partir de um “procedimento aberto, informado e reflexivo de discussão e crítica pública” (MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 86).

<sup>884</sup> AGUILERA DE PRAT, Cesareo R. Problemas de la democracia y de los partidos en el Estado social. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, n. 67, p. 93-123, ene./mar. 1990, p. 104-105.

<sup>885</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 17, p. 220-228, 1997, p. 225-226.

<sup>886</sup> Assis Brasil afirma que a preocupação com a existência de muitos partidos traduz-se como medo à liberdade (ASSIS BRASIL, J-F. de. *Democracia representativa: do voto e do modo de votar*. Op. cit., p. 149). Presume-se, no entanto, que nos primórdios da República não se imaginasse como viável a coexistência de 29 partidos políticos nacionais. Reinhold Zippelius afirma que um pluralismo partidário extremo “[a]centuaria certamente as diferenciações programáticas, mas teria o forte inconveniente de fraccionar o parlamento em demasiados grupos, dificultando, desta maneira, a formação de maiorias claras, de governos estáveis e de uma política enérgica” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 246). Vale ressaltar, no entanto, que Óscar Sánchez Muñoz afirma que em 27 de julho de 2004 havia 2.496 formações partidárias inscritas no Registro do Ministério do Interior Espanhol, incluídas aí federações regionais dos grandes partidos. Nas eleições gerais de 2004, 96 partidos apresentaram candidatos a deputados. O autor indica ainda o número de 210 partidos na França, 236 no Reino Unido e 93 na Alemanha. SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., nr 165.

<sup>887</sup> A existência de um número elevado de partidos políticos com representação amplia a legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (e de ação declaratória de constitucionalidade), reforçando o controle de constitucionalidade e democratizando a jurisdição constitucional.

vários partidos, ainda que sejam muitos, há de ser defendida e não tratada como um problema.<sup>888</sup> José Joaquim Gomes Canotilho relaciona o sistema partidário com o princípio democrático e afirma, sob a Constituição portuguesa, ser o pluralismo partidário decorrente da adoção do sistema proporcional e elevado a princípio constitutivo da identidade constitucional.<sup>889</sup> Impõe-se, no entanto, que os partidos sejam efetivamente identificados por sua ideologia.

Outro ponto que deve ser questionado é a possibilidade de coligações para a eleição proporcional, o que ofende o princípio da autenticidade eleitoral pela divisão interna das cadeiras sem levar em consideração o número de votos dados a cada partido. Aplicando a regra da proibição das coligações nas eleições para a Câmara de Deputados de 1994, 1998 e 2002, no entanto, Jefferson Dalmoro e David Fleischer apresentam uma diminuição do número de partidos com representação e um aumento na desproporção dos resultados.<sup>890</sup> Arend Lijphart também acentua que a possibilidade de coligação, com a divisão das cadeiras entre os partidos que formam a coligação proporcionalmente ao apoio eleitoral recebido, traz como efeito potencial a redução da desproporcionalidade e o aumento do número de partidos com representação.<sup>891</sup>

Para realizar o princípio constitucional da participação das minorias e ao mesmo tempo evitar coligações entre partidos sem qualquer concordância ideológica, afastando o mercado do tempo de horário eleitoral gratuito, uma possibilidade é quebrar a exigência de que apenas os partidos que atinjam o quociente eleitoral possam participar das sobras na distribuição de cadeiras.<sup>892</sup>

Instado a se pronunciar sobre o direito de candidatos cujo partido não havia alcançado o quociente eleitoral, mas que ficaram com número de votos superiores àqueles necessários para alcançar as cadeiras distribuídas pelas médias, o Tribunal Superior Eleitoral afastou a

---

<sup>888</sup> Para Aroldo Mota, “não há porque não defender a existência de muitos partidos, tantos quantos forem as correntes de opinião efetivamente organizadas numa sociedade” (MOTA, Aroldo. *O Direito Eleitoral na Constituição de 1988*. Fortaleza: Stylus. 1989, p. 13).

<sup>889</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 305.

<sup>890</sup> DALMORO, Jefferson; FLEISCHER, David. *Eleição proporcional: os efeitos das coligações e o problema da proporcionalidade*. Op. cit., p. 103-108.

<sup>891</sup> LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. Op. cit., p. 182.

<sup>892</sup> DALMORO, Jefferson, e David FLEISCHER. *Eleição proporcional: os efeitos das coligações e o problema da proporcionalidade*. Op. cit., p. 108. Ao discorrer sobre as técnicas de distribuição das sobras, Jean Meynaud indica que a fórmula da maior média busca que cada cadeira represente o maior número possível de votos e inclui na distribuição os partidos que não alcançaram o quociente eleitoral (MEYNAUD, Jean. *Sistemas eleitorais*. Op. cit., p. 11). Proposta apresentada também por Antônio Carlos dos Santos Bitencourt (BITENCOURT, Antônio Carlos dos Santos. Três aspectos polêmicos da legislação eleitoral. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 89, p. 157-164, jan./mar. 1989, p. 157-164).

possibilidade de participação nas sobras, em virtude da existência de lei (Código Eleitoral) estabelecendo regra razoável, não contrária à Constituição.<sup>893</sup>

O princípio da necessária participação das minorias não impõe a modificação da regra das distribuições das sobras, mas tampouco a veda. Está na esfera do debate político, na arena parlamentar, a discussão sobre o alcance do princípio proporcional na representação brasileira. E leva à intensificação da representação das opiniões.<sup>894</sup>

Ainda sobre o tema, não parece adequada à realidade brasileira a proposta de adoção de listas fechadas para a eleição de deputados e vereadores. Seus defensores apontam o necessário fortalecimento dos partidos políticos, o custo das campanhas e a existência de disputas entre os candidatos da mesma legenda como motivos para a mudança. José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a votação em lista fechada não ofende o princípio da imediaticidade do voto.<sup>895</sup>

No entanto, as listas fechadas retiram do eleitor, do soberano, a possibilidade de escolher os seus representantes diretamente. Já existe um filtro partidário na formação da relação de representação: somente podem ser candidatos aqueles previamente escolhidos pelos partidos políticos em convenção. Ainda que não haja clara ofensa aos princípios constitucionais, esse modelo não é o que mais se harmoniza com o desenho da democracia brasileira.<sup>896</sup>

Porém, a definição prévia nas convenções partidárias da ordem dos candidatos que ocuparão as cadeiras eventualmente conquistadas traz, além da diminuição da força da escolha do eleitor,<sup>897</sup> duas importantes questões.

A primeira delas é a forma de definição da ordem das listas. Ainda que se imponham regras para a sua formação, a verificação de seu cumprimento, direta ou indiretamente, ficaria ao cargo da Justiça Eleitoral ou por meio da ressurreição dos observadores eleitorais – com

---

<sup>893</sup> Relata Walter Costa Porto (PORTO, Walter Costa. *A mentirosa urna*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 178-181).

<sup>894</sup> Em sentido oposto, Obdulia Taboadela Álvarez elogia a adoção pelo sistema eleitoral espanhol da fórmula D'Hondt (que, embora proporcional, favorece os partidos maiores e exclui da representação os que tenham obtido menores quantidades de votos), por favorecer a estabilidade (TABOADELA ÁLVAREZ, Obdulia. *Processos Eleitorais e Integração Regional*. Palestra proferida no Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul – UFPR, Curitiba, 12.fev. 2009).

<sup>895</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 295.

<sup>896</sup> As listas fechadas e bloqueadas afetam de cheio a liberdade de sufrágio desde a perspectiva subjetiva do eleitor (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 136, nr 60).

<sup>897</sup> Critica Assis Brasil, no início da experiência republicana brasileira, os “clubs partidários”, onde poucos indivíduos se arrogam o direito de confeccionar listas, suprimindo a liberdade do eleitor, substituindo-se ao povo (ASSIS BRASIL, J-F. de. *Democracia representativa: do voto e do modo de votar*. Op. cit., p. 223).

ofensa à autonomia dos partidos garantida constitucionalmente<sup>898</sup> – ou por meio das demandas judiciais de potenciais candidatos preteridos. Uma possibilidade de evitar o “centralismo arbitrário” das oligarquias partidárias é a adoção de convenções de nomeação e de primárias.<sup>899</sup> As listas fechadas, ou pré-ordenadas, ainda que fortaleçam os partidos, favorecem as oligarquias partidárias.<sup>900</sup>

Wanderley Guilherme dos Santos aduz que a exigência de filiação partidária, acentuada pelo voto em listas, assim como o oferecimento ao eleitorado de candidatos “de rala diferença quanto à inclinação ideológica, aos atributos pessoais, ou a ambos” são mecanismos que reduzem a competição democrática e, quando institucionalizados, podem levar a um regime oligárquico ainda que haja intensa participação popular.<sup>901</sup>

Um questionamento que surge é a forma como se dará a observância do parágrafo terceiro do artigo 10 da Lei 9.504/97 – a reserva de pelo menos 30% das vagas para cada sexo – na formação das listas. Ou se permite que o partido decida livremente a distribuição dessa vagas (e se admite a possibilidade de esvaziamento do dispositivo legal com a alocação das vagas reservadas ao final da lista) ou se impõe artificialmente a inclusão destas vagas em

---

<sup>898</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, em referência à Constituição portuguesa, afirma que a liberdade interna dos partidos afasta qualquer controle sobre a organização interna do partido, inclusive em relação à sua “democraticidade” interna, embora o respeito ao princípio democrático seja constitucionalmente imposto (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 309).

<sup>899</sup> Conforme acentua José Antônio Giusti Tavares (TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Op. cit., p. 42). Para Alcides Munhoz da Cunha, “[a] autenticidade da representação interna na escolha de candidatos é condição necessária para assegurar a autenticidade da representação dos eleitos”, configurando questão de ordem pública (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Justiça Eleitoral e autenticidade do sistema representativo*. Op. cit., p. 23-33).

<sup>900</sup> Essa é a análise de Celso Ranulfo de Melo (MELO, Celso Ranulfo. *Sistema partidário, presidencialismo e reforma política no Brasil*. Op. cit., p. 157-175, p. 171). Angel Garrorena Morales aponta que a adoção do sistema proporcional na Espanha levou à possibilidade de expressão da diversidade, mas a sua vinculação a listas fechadas evidenciou a onipotência dos partidos (GARRORENA MORALES, Angel. *Representación política y Constitución democrática*. Madrid: Civitas, 1991, p. 64-65). Reinhold Zippelius sublinha, no entanto, um argumento que atenuaria o poder dos partidos na elaboração da lista: “a pré-selecção encontra-se vinculada por retroacção à vontade presumível dos eleitores, desde que a eleição tenha um caráter de autêntica concorrência. Na verdade, a fim de garantir na campanha eleitoral uma oportunidade de êxito para o seu programa político e os seus candidatos, cada partido deve vir ao encontro dos desejos dos eleitores que, desta forma, exercem já influência sobre a tal pré-selecção”. Afirma, ainda, que a elaboração de listas não ofende a exigência de que o eleitor determine, em última instância, as pessoas que serão designadas a ocupar as cadeiras parlamentares, pois a determinação da ordem dos nomes ocorre antes da manifestação do eleitorado. Mas acentua, adiante, a desvantagem da lista fechada que reduz a participação do eleitor (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 243, 258, 263-264).

<sup>901</sup> SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Governabilidade e democracia natural*. Op. cit., p. 41-42. José Antônio Giusti Tavares ressalta que esse modelo de boletim de voto dá ao partido poder máximo e ao eleitor poder mínimo: ao partido o poder da definição final da representação e aos dirigentes o poder de determinar as probabilidades de eleição de seus candidatos (TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Op. cit., p. 41). Fávila Ribeiro afirma que os partidos políticos devem usar o esforço pela modernização e melhoramento do sistema “também para o seu consumo interno, abolindo os caciquismos com todos os seus resíduos oligárquicos” (RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral brasileiro no caminho da sociedade participativa. ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, p. 14-58, p. 38.

intervalos determinados (e se consente com um eventual desvio na determinação dos representantes eleitos).<sup>902</sup>

Outro problema se refere às “candidaturas natas”,<sup>903</sup> antidemocráticas por excelência.<sup>904</sup> Se admitidas, não obstante a manifestação do Poder Judiciário sobre a sua inconstitucionalidade em outro contexto,<sup>905</sup> a renovação das casas legislativas seriam possíveis apenas quando da morte, da extinção da vocação pública de um político ou de sua magnanimidade. Inserir os políticos com forte respaldo eleitoral, no entanto, em uma colocação abaixo de figuras partidárias inexpressivas leva à eleição falseada de representantes.

Os benefícios da adoção das listas pré-ordenadas não parecem compensar os desvios que acarretaria. Limitar o número de candidatos que um partido pode apresentar ao total de cadeiras em disputa é uma forma de se reduzir a disputa entre os candidatos da mesma agremiação e diminuir o custo das campanhas, sem que se retire do eleitor a plena escolha daqueles que irão representá-lo. O sistema proporcional com listas abertas para a eleição de deputados e vereadores traduz de maneira o mais legítima possível a heterogeneidade da sociedade brasileira e coaduna-se com o projeto democrático inscrito na Constituição de 1988 e com o princípio constitucional da necessária participação das minorias do debate público e nas instituições políticas.

Ainda sobre a composição do Parlamento, há sussurros a respeito do “excesso” de representantes políticos nas casas legislativas.<sup>906</sup> O Poder Judiciário manifestou-se nesse

---

<sup>902</sup> A professora Obdulia Taboadela Álvarez, em conferência, fez referência à regra interna do PSOE (Partido Socialista Obrero Español) de elaborar listas alternadas (homem – mulher – homem – mulher...) e da adoção posterior de norma similar pelos demais partidos (TABOADELA ÁLVAREZ, Obdulia. *Processos Eleitorais e Integração Regional*. Op. cit.). Projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo (PL 4636/09) que importa a adoção das listas fechadas prevê que os dois sexos sejam contemplados a cada três nomes na primeira metade da lista.

<sup>903</sup> A previsão de candidaturas natas assegura aos detentores de mandato o registro de sua candidatura à reeleição, independentemente de sua escolha em convenção partidária.

<sup>904</sup> Conforme aponta Orides Mezzaroba (MEZZAROBA, Orides. *O Partido Político no Brasil: teoria, história, legislação*. Op. cit., p. 76).

<sup>905</sup> Na ação direta de inconstitucionalidade 2530-9, proposta pelo Procurador-Geral da República contra o parágrafo 1º do artigo 8º da Lei 9504/97, foi concedida liminar para suspender a eficácia da previsão das candidaturas natas, em julgamento de 24 de abril de 2002. Não há ainda decisão final na ação.

<sup>906</sup> Em artigo de 1966, José Bonifácio defendia a fusão das duas casas legislativas, para “ganhar tempo, evitar repetições, descer à realidade, conformar-se com os novos tempos e remover o obsoleto, o ultrapassado” (BONIFÁCIO, José. A Reforma do Poder Legislativo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 20, p. 23-38, jan. 1966, p. 25). Sob o enfoque da ofensa ao princípio “um homem, um voto” pela eleição do mesmo número de senadores em cada unidade da federação, Carlos Santiago Nino defende um Parlamento unicameral ou a alteração das competências do Senado, para alcançar apenas as matérias de interesse dos estados federados e o direito de veto em relação à legislação referente a direitos individuais (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996, p. 234).

sentido e, afrontando disposição literal da Constituição,<sup>907</sup> determinou o número de vereadores de todos os municípios brasileiros. O desconforto alcança principalmente a Câmara de Deputados, com seus 513 mandatários. A democracia brasileira, representativa em sua prática, essencialmente representativa, exige, no entanto, representantes. Considerando o cálculo do número de representantes do poder legislativo pela raiz cúbica da população<sup>908</sup> a Câmara deveria ser composta por 568 deputados. O problema, para alguns, pode estar então no custo dessa representação e no descompasso em face dos benefícios que ela traz, em uma perigosa análise de eficiência e de mercado que eventualmente pode chegar à defesa de um regime político mais eficiente, ainda que menos democrático.<sup>909</sup> Ou, ainda, na qualidade dos representantes, cuja melhora depende, simultaneamente, dos partidos políticos (que fazem o primeiro filtro ao elaborar suas listas de candidatos), dos cidadãos e do respeito aos princípios constitucionais eleitorais.

O que resta indiscutível é que a adoção do sistema proporcional para a distribuição das cadeiras da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores marca indelevelmente uma configuração democrática que não pode ser afastada por uma decisão dos poderes constituídos. E se, como afirma John Rawls, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais,<sup>910</sup> o sistema proporcional é virtuoso.

### 3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DISTRITAL

A negação completa do princípio proporcional na formação das casas legislativas é incompatível com os princípios constitucionais estruturais do Direito Eleitoral, marcadamente o princípio da autenticidade eleitoral (tanto em relação ao voto como quanto à fidedignidade da representação política) e o princípio da necessária participação das minorias.

---

<sup>907</sup> Art. 29. “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes”. Esse artigo foi alterado pela Emenda 58/2009, que estabeleceu outros parâmetros.

<sup>908</sup> LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. Op. cit., p. 180.

<sup>909</sup> Arend Lijphart afasta essa relação, comprovando a maior eficiência final nas democracias de consenso, ainda que não de maneira acentuada, em relação à administração macroeconômica e ao controle da violência (Ibid., p. 293-308).

<sup>910</sup> “Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought” (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 3).

Afirma-se que o sistema proporcional brasileiro surgiu para enfraquecer os partidos, para reduzir a influência dos partidos republicanos estaduais e que impõe-se “despersonalizar a disputa eleitoral e obrigar o eleitor, especialmente nas eleições para o Legislativo, a escolher entre os partidos, e não entre os candidatos”, para possibilitar a construção de uma “democracia representativa partidária”. Com a adoção do voto distrital, no entanto, “as minorias praticamente são eliminadas no sistema distrital, e isso compromete mortalmente o princípio da Democracia representativa”.<sup>911</sup>

Em 1909, León Duguit defende, enfaticamente, a reforma do sistema francês, para a adoção do sistema proporcional, combinado com uma representação profissional, afirmando que a eleição uninominal e por maiorias é um “instrumento de desmoralização e de corrupção universais”.<sup>912</sup> Para Maurice Hauriou a divisão em distritos pequenos estimula o clientelismo e faz do eleitor vassalo e cliente.<sup>913</sup>

No caso brasileiro, além de historicamente ter se revelado instrumento de desmoralização e corrupção, o sistema é também inconstitucional. Com o sistema distrital visa-se adotar o princípio majoritário para a eleição de deputados e vereadores, com a divisão dos estados e municípios em distritos. A sua adoção, ainda que por emenda constitucional, está vedada pela intangibilidade dos princípios constitucionais estruturantes.<sup>914</sup>

A adoção do princípio majoritário com a divisão em distritos significa dotar uma pequena maioria do poder de determinar o interesse público e excluir a representação de todos os que não escolheram o mais votado.<sup>915</sup> A divisão em distritos leva, por si, a uma

---

<sup>911</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O processo eleitoral como instrumento para a democracia. *Resenha Eleitoral* [do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina], Florianópolis, v. 5, n.1, p. 65-83, 1998. Disponível em: <http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/carmen.htm>. Acesso em: 24 nov. 2009. Afirma ainda a autora: “O direito de votar não é apenas o direito a votar, vale dizer, marcar o papel. Antes, é o direito de transformar o papel marcado em voto computado para o fim precípuo de compor o corpo representativo democrático. Esse princípio não é atendido pelo sistema eleitoral majoritário, pelo menos em suas formulação e prática brasileiras, daí todos os riscos que a sua adoção sem um debate sério se faz”.

<sup>912</sup> DUGUIT, León. *La transformación del Estado*. 2. ed. Tradução: Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltrán, [1909], p. 101: “*Es para todos un deber trabajar, en la medida de las respectivas fuerzas, por la realización de semejante reforma y por la supresión de la elección uninominal y de mayorías, que es un instrumento de desmoralización y de corrupción universales*”.

<sup>913</sup> HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Tradução: Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927, p. 497.

<sup>914</sup> Sobre o voto distrital, Paulo Bonavides afirma que sua “natureza antiminoritária é de maneira flagrante infensa às teses democráticas mais amplas, que se prendem indissolavelmente à participação proporcional e representativa de todas as camadas eleitorais, constitutivas do povo politicamente organizado e governante” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 258).

<sup>915</sup> MILL, John Stuart. *Governo Representativo*. Op. cit., p. 90-91. John Stuart Mill vai além e afirma que o sistema distrital leva os partidos a escolherem os candidatos que contem com menos opositores dentro e fora do partido, “isto é, indivíduo sem qualquer peculiaridade distintiva, ou qualquer opinião conhecida exceto a senha do partido”. E aduz: “Os únicos indivíduos que conseguem eleger-se são os que possuem influência local, que abrem caminho por meio de despesas exageradas ou que, a convite de três ou quatro negociantes ou advogados, são enviados por um dos dois grandes partidos dos clubes de Londres como homens com cujos votos os partidos podem contar em todas as circunstâncias” (p. 91 e 96).

desigualdade de fato na representação, fortemente agravada pela adoção do princípio majoritário.<sup>916</sup>

Os que propõem tal mudança ressaltam as vantagens do sistema majoritário para a formação de governos funcionais<sup>917</sup> e para o fortalecimento dos partidos políticos,<sup>918</sup> além dos benefícios da divisão em distritos, como a diminuição do custo das campanhas eleitorais, a possibilidade de fiscalização e acompanhamento efetivos das condutas eleitorais e uma identificação maior entre o representante e os representados.

Alberto Rollo e João Fernando Lopes de Carvalho defendem a distritalização do voto, que permitiria uma fidelidade do eleito com o partido e com seu eleitorado a partir de compromissos, além de baratear a campanha e estabelecer uma disputa mais clara, sem brigas partidárias internas.<sup>919</sup> Assim o faz também Maria Garcia: defende um sistema eleitoral majoritário e distrital, juntamente com a possibilidade de revocatória de mandatos e com a redução de representantes.<sup>920</sup>

Para que tal sistema não ofenda também o princípio da igualdade do voto, é necessário que a distritalização (divisão dos distritos) leve em consideração a proporção entre os distritos das cadeiras em disputa e do corpo eleitoral, não seja inspirada por recortes étnicos, religiosos, linguísticos, ideológicos ou partidários pré-existentes e que não seja uma divisão tendenciosa.<sup>921</sup>

---

<sup>916</sup> É o que acentua Maurice Duverger (DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos: Instituições Políticas e Direito Constitucional – I*. Tradução: Fernando Ruivo e Fernando Augusto Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1985 [1980], p. 89-93). Luciano Cãnfora afirma que “[u]m dos aspectos do esforço que tem por fim impedir a validade *erga omnes* da democracia representativa é a cada vez mais sofisticada pesquisa de leis eleitorais de tipo majoritário. Estas tendem, segundo seus promotores, a ‘racionalizar’ (segundo outros, a restringir) a expressão da ‘vontade popular’, evitando que ela se exercite em estado puro, limitando a série de opções” (CÂNFORA, Luciano. *Crítica da retórica democrática*. Tradução: Valéria Silva. São Paulo: Estação Liberdade, 2007 [2002], p. 57).

<sup>917</sup> Para Jean Meynaud, a adoção da proporcionalidade não implica instabilidade governamental, e afirma: “os fatores das atitudes não são dados pelo próprio regime eleitoral”. Aduz que ainda que o sistema eleitoral influencie o sistema partidário e o funcionamento do regime, o debate sobre ele “não deve obscurecer a verdadeira hierarquia dos problemas contemporâneos” (MEYNAUD, Jean. *Sistemas eleitorais*. Op. cit., p. 22 e 35).

<sup>918</sup> “O sufrágio majoritário pode surgir indiscutivelmente como sistema apropriado para a nomeação de uma representação do povo, contanto que se considerasse a eleição, pelo menos na perspectiva ideal-típica, como a nomeação de um representante que se distinguisse pelas suas qualificações pessoais e detivesse a confiança do povo”, argumenta em sentido oposto Reinhold Zippelius (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 260).

<sup>919</sup> ROLLO, Alberto; CARVALHO, João Fernando Lopes de. Fidelidade partidária e perda de mandato. *Semestre eleitoral* [Tribunal Regional Eleitoral da Bahia], Salvador, v. 9, n. 1/2, p. 9-32, jan./dez. 2005, p. 10 e 28-29.

<sup>920</sup> GARCIA, Maria. “Democracia e o modelo representativo”. In: GARCIA, Maria (org). *Democracia, hoje*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 41-82, p. 82.

<sup>921</sup> José Antônio Giusti Tavares ressalta ainda que é uma exigência democrática aos sistemas eleitorais que “o custo em votos de um representante seja o mesmo em todos os distritos e para todos os partidos” (TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Op. cit, p. 38).

As propostas de reforma ora defendem esse modelo de forma pura, ora o desejam combinado com o sistema proporcional, em um sistema distrital misto.

Saltam aos olhos os problemas do sistema puro.<sup>922</sup> Em primeiro lugar, não há espaço para a representação das minorias, o que contraria toda a preocupação de espelhar no Parlamento – espaço privilegiado da formação da vontade política – as diversas concepções de Estado e de bem viver presentes na sociedade brasileira. Adotar o princípio majoritário para a eleição de deputados e vereadores é renunciar à conquista do espaço de dissenso qualificado pela coexistência, dentro das regras do jogo democrático e com atuação efetiva, de partidos políticos que representam um amplo leque de ideologias. Vai de encontro ao pluralismo político, fundamento da República brasileira e ao princípio constitucional de necessária participação das minorias nas instituições políticas e do debate público. É flagrantemente inconstitucional.

Walter Costa Porto ressalta a importância de analisar a proposta de reforma do sistema eleitoral a partir das experiências sobre o voto distrital, que evidenciaram a desconsideração das minorias e a inutilidade dos votos de parcela da população.<sup>923</sup>

Para a composição do Senado o Brasil sempre adotou o princípio majoritário (embora, durante o Império, os três mais votados formassem uma lista tríplice para a escolha pelo Imperador). A eleição de deputados, no entanto, deu-se de diversas maneiras. O Brasil adotou o sistema distrital para a eleição de deputados durante o Segundo Império e na República Velha, com efeitos negativos. O resultado alcançado foi a composição de câmaras unânimes, o surgimento de “notoriedades de aldeia”, a defesa de interesses locais, o obscurantismo parlamentar e o enfraquecimento dos partidos políticos pela sua divisão em grupos regionais, combinados com fraudes e eleições “a bico de pena” (com alterações nas atas que determinavam o resultado da votação). A análise desse período é feita por Victor Nunes Leal, por Jairo Nicolau e pelo então deputado Francisco Belisário Soares de Souza.<sup>924</sup>

O Brasil adota o voto único, em que o eleitor vota apenas em um nome, não importando quantas vagas devam ser preenchidas. Historicamente, no entanto, o sistema brasileiro já experimentou o voto limitado ou lista incompleta (com a Lei do Terço de 1875, quando o votante escolhia tantos nomes de cidadãos elegíveis quantos correspondessem a dois

---

<sup>922</sup> A passagem do sistema eleitoral brasileiro de oligárquico a poliárquico, em vista da explosão do eleitorado brasileiro, pode ser comprometida pelo “artefato compressor do distritalismo majoritário”, afirma Wanderley Guilherme dos Santos (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Governabilidade e democracia natural*. Op. cit., p. 56-57).

<sup>923</sup> PORTO, Walter Costa. *A mentirosa urna*. Op. cit., p. 74.

<sup>924</sup> LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978; NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002; SOUZA, Francisco Belisário Soares de. *O sistema eleitoral no Império*. Brasília: Senado Federal, 1979 [1872].

terços dos Eleitores que a paróquia devia dar, e depois em 1892), o voto múltiplo (em 1841 e na primeira eleição da República, em 1890, quando o eleitor votava em tantos nomes quanto fossem as cadeiras do estado na Câmara) e o voto cumulativo (em 1904 os distritos passaram a eleger cinco representantes e o eleitor podia votar quatro vezes no mesmo candidato), sempre com a justificativa de permitir uma maior representação das minorias.<sup>925</sup>

Até 1881 a eleição de deputados no Império era indireta. Os votantes escolhiam os Eleitores de Província que elegiam os deputados, sempre pelo princípio majoritário. A circunscrição eleitoral coincidia com a província até 1855, quando houve a divisão em distritos uninominais – o território era dividido em tantos distritos quantos fossem as cadeiras na Assembleia e cada distrito elegia o mais votado. Exigia-se maioria absoluta, com previsão de mais de um turno de votação. As províncias eram divididas em distritos de três representantes, eleitos por maioria relativa, em 1860. Quinze anos depois a província voltou a ser a circunscrição e em 1881 foi retomado o sistema de 1855.

Na República houve a adoção do sistema distrital em 1892, com distritos de três representantes e voto limitado (dois terços). Em 1904, os distritos elegeram cinco representantes com voto cumulativo.<sup>926</sup>

A adoção do princípio majoritário para a eleição de deputados e vereadores acentua imensamente a desproporcionalidade da representação, afasta a coerência entre o apoio popular ao partido e o número de cadeiras por ele obtido.<sup>927</sup> A mais tênue definição contemporânea de democracia não escapa da igualdade política, da participação igualitária

---

<sup>925</sup> Vale acrescentar ainda que o Brasil adotou o voto censitário (em que o direito de votar era reconhecido apenas aos que tinham determinada renda) até a proclamação da República em 1889 e o voto capacitário (com restrição aos analfabetos) da Lei Saraiva de 1881 até a Emenda 25/85 à Constituição de 1969.

<sup>926</sup> Miguel Reale aduz: “Na realidade, porém, nossa história eleitoral, de 1891 a 1930, equivale a uma sucessão de escolhas pré-determinadas, prevalecendo sempre os grupos oligárquicos encastelados na federação dos partidos estaduais que, então, efetivamente, detinham tôdas as rédeas do poder” (REALE, Miguel. *O sistema de representação proporcional e o regime presidencial brasileiro*. Op. cit., p. 20).

<sup>927</sup> Arend Lijphart traz dados da eleição no Reino Unido em 1978, informada pelo sistema de maioria simples. Com 39,8% dos votos, o Partido Nacional obteve 51 das 92 cadeiras e o Partido do Crédito Social apenas uma cadeira, apesar do apoio de 17,1% do eleitorado. Em Barbados, onde se adota o mesmo modelo, nas eleições de 1986 o Partido Trabalhista Democrático alcançou 88,9% das cadeiras com 59,4% dos votos (LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. Op. cit., p. 39 e 45-46). Getúlio Marcos Pereira Neves traz dados das eleições da África do Sul em 1961, quando o Partido Unido obteve 36,2% dos votos e 31,4% dos assentos e o Partido Nacional, com 46,54% dos votos ficou com 67,4% das cadeiras. Aponta ainda a distorção na Nova Zelândia: em 1975 os nacionalistas, com 47,4% do apoio do eleitorado conquistou 60,9% do Parlamento e os trabalhistas, com 39,7% dos votos, contou com apenas 35,6% dos mandatos parlamentares (NEVES, Getúlio Marcos Pereira. Notas sobre a representação política no sistema distrital. *Jus Navigandi*, disponível em [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1504](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1504). Acesso em: 28 ago. 2003). A distorção mais evidente do sistema distrital, por força de sua repercussão, no entanto, ocorreu nas eleições presidenciais de 2000 nos Estados Unidos. O Partido Republicano, com 47,82% dos votos ficou com 50,37% dos grandes eleitores no Colégio Eleitoral, enquanto que o Partido Democrata, que contou com o apoio de 48,38% dos votantes, foi derrotado com 49,44% de delegados.

dos cidadãos na formação dos corpos representativos e da vontade do Estado, da igual representação.<sup>928</sup>

Apenas para ressaltar a inadequação desse sistema, agrega-se a questão da criação dos distritos, quanto à forma de sua divisão e quanto aos seus efeitos. No sistema distrital, de fato, toda a questão da legitimidade da escolha dos representantes fica condicionada pela divisão dos distritos.

*Gerrymandering* é o nome dado à divisão tendenciosa dos distritos eleitorais, que os fazem coincidir com a força política de determinados candidatos ou partidos.<sup>929</sup> É um desvio verificado nos sistemas que adotam os distritos uninominais e que pode ser afastado pela adoção do desenho dos distritos coincidentes com divisões administrativas. Neste caso, porém, não se mantém a igualdade de representação do eleitorado, o que acentua a desigualdade de representação já existente na Câmara de Deputados e cria distinções entre municípios do mesmo Estado.

Os efeitos da divisão de Estados e municípios para a eleição de representantes são igualmente graves. Os defensores deste sistema argumentam em favor de uma maior proximidade entre representantes e representados, mas isso traz na mesma intensidade a possibilidade de representação de interesses privados e de conflitos de interesses dentro da própria unidade da federação.

Os partidos políticos podem ser enfraquecidos, com a eleição de “notoriedades de aldeia”, que, eleitos apenas por sua própria força, podem dispensar a vinculação partidária.<sup>930</sup> E se há redução dos custos das campanhas eleitorais, a influência do poder econômico e do poder político é mais decisiva em uma esfera menor.

No sistema distrital misto pelo menos metade das cadeiras em disputa é preenchida por distritos uninominais e as demais pelo sistema proporcional de lista fechada. O eleitor

---

<sup>928</sup> John Hart Ely afirma que esse entendimento era compartilhado também pelos *framers*: alguns elaboradores da Constituição dos EUA ressaltavam a importância de um sistema que garantisse igual representação para grupos populacionais iguais. Indica, ainda, manifestações de juízes da Suprema Corte no sentido da inadequação do sistema eleitoral inglês (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 122 e 238 n 55).

<sup>929</sup> Luís Virgílio Afonso da Silva indica a origem do termo: “nome dado por um editor norte-americano que, ao ouvir de um cartunista de seu jornal que o desenho do distrito de Essex, em Massachusetts, assemelhava-se a uma salamandra (*salamander*), respondeu que seria melhor chamá-lo de *gerrymander*, fazendo um trocadilho com o nome do responsável pelo novo desenho do distrito, o governador de Massachusetts, Elbridge Gerry” (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais*: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 44). Walter Costa Porto o denomina de “mapismo” (PORTO, Walter Costa. *A mentirosa urna*. Op. cit., p. 75), nomenclatura utilizada para uma fraude na apuração eleitoral.

<sup>930</sup> “Particularmente, em países que ainda não lograram a integração nacional plena e a modernização sócio-política consistente, o distritalismo retém e realimenta a cultura política paroquialista, bem como o coronelismo, o neocoronelismo, ou qualquer outra forma de mandonismo local; e a política de clientela enquanto padrão universal a orientar a interação entre a sociedade e o governo” (TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas*: teoria, instituições, estratégia. Op. cit., p. 121).

vota duplamente para a formação das casas legislativas: uma vez no candidato de sua preferência que concorre sob o princípio majoritário e uma no partido que preferir, que elegerá representantes de todo o Estado pelo sistema proporcional de lista fechada. Usualmente é o número de votos recebidos na votação proporcional que determina o número de cadeiras a serem preenchidas pelos partidos.

A Comissão Afonso Arinos sugere para a Assembleia Constituinte a adoção do modelo alemão, mas com apenas um voto por eleitor. As cadeiras destinadas a cada partido derivam da soma dos votos de todos os distritos, em um cálculo proporcional.<sup>931</sup>

O sistema distrital misto tem como fundamento o princípio da representação majoritária, ainda que a distribuição de cadeiras se dê a partir dos votos recebidos pelo sistema proporcional. No modelo alemão, os primeiros candidatos que ocupam as cadeiras são os eleitos nos distritos, majoritariamente, e são previstas cadeiras adicionais se o número de cadeiras determinado pelo voto proporcional for inferior ao número de candidatos eleitos distritalmente. Residualmente são eleitos os candidatos pelo sistema proporcional, que, ainda, são eleitos pela lógica do sistema majoritário em face da formação do voto proporcional seguir a tendência do voto majoritário.<sup>932</sup>

Konrad Hesse aduz que o atual sistema eleitoral alemão não tem sede constitucional e que traz as debilidades da eleição proporcional (maiorias mais inseguras, menor estabilidade do governo e tendência a colisões) em contrapartida aos seus efeitos favoráveis (composição mais precisa das forças políticas no Parlamento e representação adequada, temperada pela cláusula de desempenho).<sup>933</sup>

O México também adota um sistema distrital misto: trezentos deputados são eleitos pelo princípio majoritário em distritos uninominais e duzentos pelo princípio proporcional, divididos em cinco circunscrições plurinominais. A Constituição ainda estabelece que para que um partido possa apresentar as listas regionais para concorrer às vagas proporcionais, deve apresentar candidato pelo menos em duzentos distritos, há uma cláusula de desempenho

---

<sup>931</sup> Conforme FLEISCHER, David; BARRETO, Leonardo. Reformas políticas y democracia en Brasil. In: ZOVATTO, Daniel; HENRÍQUEZ, J. Jesús Orozco (Coord.). *Reforma política y electoral en América Latina (1978-2007)*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México e Idea Internacional, 2008, p. 315-352, p. 326-327. Possivelmente um dos “notáveis erros dos notáveis”, embora assim não apontado por Ney Prado, que “denuncia” o preconceito, o casuísmo, o elitismo, o utopismo, a demagogia, o socialismo, o estatismo e o xenofobismo da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, da qual renunciou ao cargo de Secretário-Geral (PRADO, Ney. *Os notáveis erros dos notáveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1987).

<sup>932</sup> Conforme acentua José Antônio Giusti Tavares (TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Op. cit., p. 103-114). Pesquisas realizadas na Alemanha durante os anos 80 revelam falta de identificação entre eleitores e representantes eleitos pelo sistema misto e que 4/5 dos cidadãos desconhecem o significado de dois votos (p. 114-115).

<sup>933</sup> A Constituição alemã anterior determinava o sistema proporcional (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 129-130).

de dois por cento dos votos no sistema proporcional para concorrer às cadeiras, nenhum partido pode ultrapassar trezentos deputados e há um mecanismo de correção das distorções provocadas pelo sistema majoritário.<sup>934</sup>

Romano José Enzweiler afirma ainda que o sistema distrital misto soma as qualidades do princípio majoritário, como a proximidade com o eleitor, a possibilidade de aperfeiçoar os mecanismos de controle social e a promoção da governabilidade, com as vantagens do sistema proporcional: “a representatividade e a vocalização das minorias”.<sup>935</sup> Para Marcus Vinicius Furtado Coêlho, esse sistema pode reduzir o abuso de poder.<sup>936</sup> Carlos Mário da Silva Velloso também defende a adoção do voto distrital misto.<sup>937</sup>

Além de diminuir a proporcionalidade da representação política, aumentando o número de votos necessários para um partido eleger um representante e assim reduzindo o espectro de ideologias na formação do Parlamento, o sistema distrital misto cria duas classes de deputados, que podem representar interesses distintos<sup>938</sup> e confundir os eleitores. Ainda, se for permitido ao candidato concorrer pela vaga distrital e pelo sistema proporcional haverá uma dupla campanha, certamente com um custo mais elevado; se não lhe for permitido, candidatos que concorrerem à vaga distrital com significativo, embora não majoritário, apoio popular – no limite, 49,99% dos votos – ficarão fora do Parlamento.

O sistema distrital misto não parece corresponder às exigências democráticas da sociedade brasileira.<sup>939</sup> Uma análise de suas características evidencia a superioridade do sistema proporcional, tal como adotado no Brasil. Além disso, as falhas do sistema eleitoral, como bem apontam Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, decorrem do

---

<sup>934</sup> Art. 54. “V. En ningún caso, un partido político podrá contar con un número de diputados por ambos principios que representen un porcentaje del total de la Cámara que exceda en ocho puntos a su porcentaje de votación nacional emitida. Esta base no se aplicará al partido político que, por sus triunfos en distritos uninominales, obtenga un porcentaje de curules del total de la Cámara, superior a la suma del porcentaje de su votación nacional emitida más el ocho por ciento.”

<sup>935</sup> ENZWEILER, Romano José. *Dimensões do sistema eleitoral: o distrital misto no Brasil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 90.

<sup>936</sup> COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Eleições: Abuso de poder*. Brasília: [s.n.], 2006.

<sup>937</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO Carlos Mário da Silva (Coords.). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 11-30, p. 17.

<sup>938</sup> Para Nelson Jobim, isso é uma vantagem, pois permite o atendimento às demandas das regiões e compromete metade do Parlamento com as questões nacionais. “O eleitor escolhe uma representação para o seu distrito e, ao mesmo tempo, escolhe uma legenda partidária que tenha programa administrativo e político nacional” (JOBIM, Nelson. Câmara dos Deputados como assembleia dos estados - voto distrital misto. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 98, , p. 108-110, abr./jun. 1991, p. 110).

<sup>939</sup> José Antônio Giusti Tavares assinala a tentativa de implantação do sistema misto na revisão constitucional de 1994 pelo “núcleo conservador”, mas o parecer do relator sequer foi apreciado (TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Op. cit., p. 23).

predomínio do poder econômico e da falta de consciência política da população,<sup>940</sup> o que não parece ser afastável pela mudança das circunscrições e pelo abandono do princípio da proporcionalidade.

### 3.3 A PROIBIÇÃO DE UMA CLÁUSULA DE DESEMPENHO

A opção constitucional pelo princípio da necessária participação das minorias nas instituições e nas decisões políticas é incompatível com a adoção de uma cláusula de desempenho para os partidos políticos. Ainda que os partidos políticos, por mais numerosos que sejam, não possam dar conta do pluralismo social, fechar as portas da política institucional para algumas agremiações partidárias contraria a ideia de democracia.<sup>941</sup>

Assim entende Orides Mezzaroba. Para o autor, uma cláusula de exclusão ou qualquer outro artifício redutor do princípio do pluralismo partidário, reconhecido pela Constituição, são inconcebíveis. A limitação do “direito de representação de minorias no Legislativo” fere o pluralismo político.<sup>942</sup>

Para José Antônio Giusti Tavares, a cláusula de exclusão é um elemento adicional dos sistemas eleitorais e tem como objetivo evitar a representação de minorias demasiado escassas, sem densidade em relação à vontade coletiva do eleitorado. Para dar “rigor e efetividade à representação proporcional”, o autor propõe a substituição do quociente eleitoral, determinado em cada circunscrição estadual, por um patamar uniforme nacional, de cinco por cento dos votos em todo o país.<sup>943</sup>

A “barreira eleitoral” atua de maneira decisiva no futuro dos partidos políticos e “*hace desaparecer la oposición política, además el debate parlamentario de todas las fuerzas políticas democráticas*”, tornando o sistema oligárquico, afirmam Domingo García Belaunde e José F. Palomino Manchego. Em seguida, no entanto, os autores afirmam que as cláusulas

---

<sup>940</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

<sup>941</sup> Ressalta Joaquín Herrera Flores que “enquanto que a sociedade civil se reforça ao pluralizar-se, a estrutura estatal segue imóvel ao considerar-se acriticamente como a suprema representação dos interesses gerais. (...) A proteção e sobretudo o reconhecimento das minorias como sujeitos políticos legítimos constitui um desafio para a democratização do Estado de Direito” (HERRERA FLORES, Joaquín. *Democracia, Estado y Derecho. Hacia un marco alternativo de estudios jurídicos. Teia Jurídica* 2000. Disponível em: [www.teiajuridica.com](http://www.teiajuridica.com). Acesso em: 25 ago. 2000). A crítica do autor se dirige ao fechamento institucional às formas diretas de democracia, mas se aplica também à restrição do espaço do Parlamento aos grandes partidos.

<sup>942</sup> MEZZAROBA, Orides. *O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea*. Op. cit., p. 97. Também em MEZZAROBA, Orides. *O partido político no Brasil: princípios constitucionais balizadores para criação e funcionamento*. Op. cit., p. 56.

<sup>943</sup> TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Op. cit., p. 45-46 e 24.

de desempenho podem configurar uma barreira positiva, se respeitados limites (os quais não são indicados pelos autores) e sejam operativas, para que se fortaleçam as agremiações partidárias.<sup>944</sup>

Wanderley Guilherme dos Santos, que afasta a relação entre multipartidarismo e ingovernabilidade e aponta a possibilidade de impasses também em sistemas bipartidários, afirma que “cláusulas de barreira não são mecanismos para prevenir excessos de fracionalização, *mas mecanismos para reduzir a competição e a representação político-partidárias*”.<sup>945</sup> Os cientistas políticos Fátima Anastasia, Carlos Ranufo Melo e Fabiano Santos asseveram que o incremento da representatividade da representação inclui, ao lado das eleições diretas para todos os cargos, do sistema proporcional, da “distribuição equitativa de atribuições, direitos e recursos parlamentares entre os legisladores individuais”, um sistema multipartidário.<sup>946</sup>

A intenção do estabelecimento de requisitos para a efetiva existência e funcionamento dos partidos políticos, ao que parece, não está ligada a exigências democráticas. O argumento central é a estabilidade política, ameaçada por um número excessivo de partidos políticos e por casas parlamentares fragmentadas.

No entanto, vale apontar a ressalva de Óscar Sánchez Muñoz: “*La estabilidad política es un objetivo en si legítimo y compatible con el orden constitucional, pero la búsqueda de la estabilidad llevada al extremo puede degenerar en un peligroso anquilosamiento para el sistema democrático*”.<sup>947</sup> Ressalta Jorge Miranda que a Constituição portuguesa, ao impor o sistema proporcional para a eleição dos deputados, impõe a proibição de estabelecimento legal de “limites à conversão de votos em mandatos por exigência de uma percentagem de votos nacionais mínima”.<sup>948</sup>

A cláusula de barreira, prevista no artigo 13 da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95) foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>949</sup> Gilmar Mendes

---

<sup>944</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo; PALOMINO MANCHEGO, José F. Barrera electoral. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 97-101, p. 98 e 100-101.

<sup>945</sup> SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Governabilidade e democracia natural*. Op. cit, p. 68, 86 e 109. Grifo no original.

<sup>946</sup> ANASTASIA, Fátima; MELO, Carlos Ranufo; SANTOS, Fabiano. *Governabilidade e representação política na América do Sul*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 180.

<sup>947</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 364.

<sup>948</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003, p. 144.

<sup>949</sup> As ações diretas de inconstitucionalidade 1351-3 e 1354-8 foram julgadas parcialmente procedentes, em julgamento unânime em 07 de dezembro de 2006. O artigo 13, que previa a cláusula de desempenho, foi totalmente afastado, bem como seus reflexos na distribuição do fundo partidário e do direito de antena. Dispunha o artigo 13 da Lei 9.096/95: “Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as

defende essa decisão, afirmando que a proporção estabelecida pelo legislador e os seus reflexos na disputa eleitoral “condena as agremiações minoritárias a uma morte lenta e segura”.<sup>950</sup>

A sentença do Tribunal Constitucional alemão de 29 de agosto de 1990, que afasta a aplicação de uma cláusula de barreira uniforme nas primeiras eleições da Alemanha unificada, é analisada por Pedro Cruz Villalon. A lei eleitoral (já em vigor na República Federal da Alemanha) impunha um desempenho de cinco por cento dos votos nacionais para os partidos políticos nas eleições parlamentares, sem distinção entre os partidos da ex-Alemanha Ocidental e da antiga Alemanha Oriental. Esse critério, formalmente igualitário e uniforme, levava a uma exigência bastante díspar: os partidos da ex-República Federal deveriam alcançar cerca de seis por cento dos votos em seu território enquanto às agremiações da ex-República Democrática era imposta a obtenção de 24 por cento dos votos em seu território. O Tribunal Constitucional afasta por inconstitucionalidade também sua suavização uniforme. Os argumentos apresentados pelos julgadores referem-se à ofensa à igualdade de oportunidades dos partidos políticos e à igualdade do voto, às diferenças no “valor de êxito” dos votos.<sup>951</sup>

---

quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles”. Os reflexos de sua adoção encontram-se nos artigos 41 (“O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios: I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados”), 48 (“O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos”) e 49 (“O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado: I - a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada; II - a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais”). Após a declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu, por resolução, distribuir o fundo partidário e o direito de antena segundo critérios razoáveis: a Resolução 22.503/06 determinou o tempo de 5 minutos, 10 minutos ou 50 minutos por semestre por partido, a depender de sua representatividade e do número de votos obtidos; e a Resolução 22.506/07 estabelecendo a divisão do fundo partidário em três partes: 29% para todos os partidos de acordo com a sua representação; 29% para os partidos que tenham eleito pelo menos dois representantes em pelo menos cinco estados com ao menos um por cento dos votos do país na proporção de sua votação e 42% divididos por igual para todos os partidos. Contra essa resolução, publicada em 13 de fevereiro de 2007, a Lei 11.459, de 21 de março de 2007, adiciona o artigo 41A à Lei 9.096/95, com a seguinte redação: “5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados”.

<sup>950</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 748-749.

<sup>951</sup> CRUZ VILLALON, Pedro. Legislación Electoral y circunstancias excepcionales: la igualdad de oportunidades de los partidos en las primeras elecciones generales de la nueva R. F. A. (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 29 de septiembre de 1990). *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 10, v.30, p. 129-132, sep./dic. 1990, p. 129-132. O autor elogia a rapidez do controle de constitucionalidade do dispositivo (quatro semanas até a decisão final), a decisão de condenar o Estado à

A exclusão, direta ou postergada, como uma lenta exterminação, dos partidos políticos menos expressivos, contraria frontalmente o sistema proporcional, a representação das minorias e o princípio da democracia deliberativa. Não há “igual consideração e respeito” quando, abaixo de um patamar de votos determinado, os partidos e os mandatários passam a ser tratados como de segunda categoria.

A voz das minorias partidárias deve ser defendida, inclusive sua participação efetiva nas casas parlamentares. Não se pode fazer um recorte pressupondo que os partidos “nânicos” sejam todos partidos “de aluguel”: alguns podem defender determinada postura que, a partir de sua visibilidade, pode vir a se tornar majoritária.<sup>952</sup>

Para Marcos Ramayana, a exigência de um nível de desempenho para os partidos ofende o pluralismo político e “aniquila a representação minoritária dos pequenos partidos políticos”, além de ameaçar o princípio republicano dificultando a renovação dos mandatos.<sup>953</sup>

A adoção de uma cláusula de desempenho ameaça, ainda, o direito de oposição. Em um regime democrático, Georges Burdeau vê o direito de resistência ao arbítrio do poder da maioria no “*reconocimiento de los derechos de la oposición y en la regulación de procedimientos que permitan su ejercicio*”.<sup>954</sup>

Teresa Maria Frota Haguette afirma que três elementos formam a base das democracias ocidentais: o direito de associação (que se manifesta nos sindicatos), o direito de participação nas decisões políticas (que configura o sistema eleitoral) e o direito à divergência e à oposição, que se estrutura pelo sistema partidário (que permite que a oposição seja possível) e “[t]em no pluripartidarismo a sua instituição maior”.<sup>955</sup>

Há, para Lilian Márcia Balmant Emerique, um direito fundamental de oposição política, derivado da liberdade de opinião e de outros direitos e liberdades. A oposição tem como funções essenciais, em uma sociedade democrática pluralista, a fiscalização, a

---

indenização dos demandantes pelo custo do processo e a recusa do Tribunal em estabelecer as regras, embora tenha configurado as possibilidades legislativas.

<sup>952</sup> Com Ladislau Fernando Röhnel, destaca-se o papel relevante dos pequenos partidos nas democracias e afirma-se que “impedir que vivam os pequenos partidos é impedir que as minorias tenham voz no processo político, que cresçam e se multipliquem, como cresceram e multiplicaram-se os partidos que hoje são grandes e vigorosos” (RÖHNELT, Ladislau Fernando. Partidos políticos e organização partidária. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, p. 166).

<sup>953</sup> RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 325-326.

<sup>954</sup> BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Op. cit., p. 63.

<sup>955</sup> HAGUETTE, Teresa Maria Frota. Cidadania: o direito à oposição e o sistema de partidos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 78/79, p. 65-102, jan./jul. 1994, p. 66. Adiante, aduz: “A existência de uma vintena de partidos não deixa dúvidas quanto à possibilidade real de criação de uma base legal para o exercício da divergência, embora se possam colocar sérias dúvidas sobre ser esta a melhor forma de sua organização” (p. 101-102).

dissidência e a alternância política e é indispensável garantir um “papel propositivo próprio” às minorias.<sup>956</sup>

Clèmerson Merlin Clève também acentua o papel da oposição no Parlamento, afirmando que a Constituição estabelece direitos a ela, a partir do pluralismo político como fundamento, prevendo a representação proporcional dos partidos nas mesas e comissões das casas, o reconhecimento do poder de iniciativa legislativa a todos os parlamentares, a existência de um líder da minoria, que participa do Conselho da República e a legitimidade dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional para a propositura de ação de controle de constitucionalidade.<sup>957</sup>

---

<sup>956</sup> EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Direito fundamental como oposição política: discordar, fiscalizar e promover alternância política*. Op. cit., p. 269, 317, 240 e 251.

<sup>957</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 145-146.

#### 4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MÁXIMA IGUALDADE NA DISPUTA ELEITORAL

A Constituição estabelece como norma estruturante do Direito Eleitoral o princípio constitucional da máxima igualdade entre os candidatos. Essa escolha reflete-se no princípio republicano e na ideia de igualdade construída na Constituição, que impõe uma regulação das campanhas eleitorais, alcançando o controle da propaganda eleitoral, a neutralidade dos poderes públicos, a vedação ao abuso de poder econômico e a imparcialidade dos meios de comunicação. A campanha eleitoral mostra-se a eleição é livre e justa.<sup>958</sup>

A concretização legal do princípio constitucional traz como sanção aos abusos tanto uma inelegibilidade endógena (que afasta o candidato da eleição em curso) como uma inelegibilidade exógena, impossibilitando a participação do responsável pelo e do beneficiário do abuso em eleições futuras pelo prazo previsto.<sup>959</sup>

Nas origens do governo representativo, aduz Bernard Manin, prevalecia o princípio da distinção. No começo do século XX, a adoção do sufrágio universal indica uma concepção de governo popular, desmentida pela permanência de efeitos não igualitários e aristocráticos da eleição. Para o autor, são quatro os fatores que geram tais efeitos: “*el tratamiento desigual de los candidatos por parte de los votantes, la distinción de los candidatos requerida por una situación selectiva, la ventaja cognoscitiva que otorga una situación de prominencia y el coste de diseminar información*”.<sup>960</sup>

No entanto, qualquer significação de democracia, ainda que leve em conta todas as inúmeras variáveis que compõem seu significado, tem como elemento central a igualdade política, conforme acentua John Hart Ely. Essa igualdade se impõe em relação ao valor do voto, à efetiva representação e à disputa eleitoral.<sup>961</sup> Para W. J. M. Mackenzie, que acentua o

---

<sup>958</sup> TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. Campaña electoral. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 121-126, p. 121 e 123. O autor define as campanhas eleitorais como as atividades que têm como propósito a captação de votos, “*sujetas a normas y pautas de actuación que garanticen y permitan la igualdad de los competidores, la limpieza y transparencia del proceso electoral y la neutralidad de los poderes públicos*”. Para Erick Wilson Pereira o princípio da igualdade é a estrutura de todo o processo eleitoral, como imperativo da República (PEREIRA, Erick Wilson. *Controle jurisdiccional do abuso de poder no processo eleitoral*. São Paulo: LTr, 2004, p. 64-65).

<sup>959</sup> Terminologia adotada por Alcides Munhoz da Cunha (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Justiça Eleitoral e autenticidade do sistema representativo. Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 33, p. 23-33, jul. 1999, p. 23-33).

<sup>960</sup> MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Tradução: Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1998 [1995], p. 165 e 168. Nas páginas seguintes o autor passa a analisar os quatro fatores.

<sup>961</sup> ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 122-123.

papel do dinheiro nas eleições, a garantia da igualdade deve passar pelo controle das campanhas eleitorais, dos fundos dos partidos e dos meios de comunicação.<sup>962</sup>

A ideia de igualdade entre os candidatos pode, segundo Óscar Sánchez Muñoz, ser compreendida a partir de um princípio de não discriminação, de cunho liberal, ou a partir da exigência de uma intervenção estatal que assegure um equilíbrio. Essa segunda visão pressupõe uma concepção, a partir de uma decisão política coerente com o sistema constitucional, de fatores relevantes e de fatores irrelevantes para a obtenção de um mandato eletivo. Para o autor, o fundamento da classificação dos fatores deve relacionar-se ao papel que eles exercem na autenticidade da participação política dos cidadãos.<sup>963</sup> O sistema brasileiro se aproxima mais dessa segunda leitura.

O texto constitucional português faz referência expressa a esse princípio, estabelecendo em seu artigo 113º, 3, que as campanhas eleitorais se regem pela liberdade de propaganda, pela igualdade de oportunidades e de tratamento das diversas candidaturas, pela imparcialidade das entidades públicas perante as candidaturas e pela transparência e fiscalização das contas eleitorais.

No Direito espanhol, Óscar Sánchez Muñoz extrai do princípio da igualdade de oportunidades na disputa eleitoral duas implicações. A primeira se refere ao acesso à competição eleitoral, que impõe um princípio geral de liberdade para a apresentação de candidaturas, fundamentado também no pluralismo político e na liberdade de criação dos partidos. Em segundo lugar, o princípio implica restrições à liberdade de atuação dos candidatos.

Além disso, o autor aponta uma dimensão negativa da igualdade de oportunidades, que exige a identificação pelo legislador democrático dos fatores de diferenciação que podem levar ao desequilíbrio indevido na disputa, relacionados com o uso do poder político (que sofre limitação absoluta, em face do mandato de estrita neutralidade dos poderes públicos), com o poder econômico e com o poder midiático, e uma dimensão positiva, que impõe a compensação da diferença de situação dos candidatos em relação aos fatores tidos como irrelevantes para a disputa.<sup>964</sup>

O gênero é, para Óscar Sánchez Muñoz e para a legislação brasileira, um fator irrelevante na disputa eleitoral e que provoca uma intervenção do Estado por seu legislador

---

<sup>962</sup> MACKENZIE, W. J. M. *Elecciones libres*. Madrid: Tecnos, 1962 [1958], p. 176.

<sup>963</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 12-15.

<sup>964</sup> *Ibid.*, p. 65, 74-85. À frente, o autor se refere à democracia paritária como componente do princípio da igualdade entre os candidatos (p. 143 e seguintes).

democrático no sentido de reduzir as desigualdades daí derivadas. Impõe-se a democracia paritária como medida antidiscriminatória.<sup>965</sup>

No Brasil, o poder de reforma da Constituição atingiu o cerne do princípio constitucional da máxima igualdade entre os candidatos, ao acolher, em oposição à história política e constitucional do país, o instituto da reeleição para os cargos do Poder Executivo.<sup>966</sup> A irrelegibilidade refletia uma garantia republicana e era quase um dogma.<sup>967</sup> Constituía uma das escolhas constituintes fundamentais.<sup>968</sup>

Paulo Peretti Torelly aponta que a vedação à reeleição consagra “objetivamente a isonomia entre os candidatos e as respectivas concepções políticas que representam” e que essa interdição é constitutiva da instituição republicana. Dispositivo expresso de todos os textos constitucionais, com exceção da Constituição de 1937, a proibição de um mandato sucessivo para os chefes do Poder Executivo expressa “um limite material presente na coerência do todo normativo da ordem constitucional assentada na idéia de isonomia”.<sup>969</sup>

Sua adoção leva à quebra de uma lógica de tratamento igual, ao menos formalmente, dos candidatos ao pleito. A desigualdade se estabelece simplesmente a partir da dupla condição de candidato e chefe da Administração,<sup>970</sup> configurando uma “regra de privilégio”, um “Cavalo de Tróia”.<sup>971</sup> Paulo Bonavides afirma que o Brasil está em crise de legitimidade, uma crise constituinte, “desde a Emenda materialmente inconstitucional da reeleição do

---

<sup>965</sup> Ibid., p. 143-158.

<sup>966</sup> Para Francisco de Assis Vieira Sanseverino, a não problematização da reeleição nos cargos do Poder Legislativo deve-se ao fato de que os parlamentares tomam decisões coletivas (SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 50).

<sup>967</sup> Como aponta Torquato Jardim (JARDIM, Torquato. A representação eleitoral em face da Constituição e da Lei Geral das Eleições. *ANAIS do Primeiro Congresso Centro-Sul de Direito Eleitoral*. Campo Grande: Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul, 1998, p. 201-215, p. 204). Lauro Barreto afirma a consagração do repúdio expresso à reeleição nos 180 anos de vida republicana (BARRETO, Lauro. *Reeleição e continuidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 3).

<sup>968</sup> Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, a emenda da reeleição toca o princípio democrático e destoa com os “paradigmas basilares do sistema, o que configura ilegitimidade constituinte” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O processo eleitoral como instrumento para a democracia. *Resenha Eleitoral* [do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina], Florianópolis, v. 5, n.1, p. 65-83, 1998. Disponível em: <http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/carmen.htm>. Acesso em: 24 nov. 2009).

<sup>969</sup> TORELLY, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: Isonomia e República no Direito Constitucional e na Teoria da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 208 e 230. Para o autor, a regra que permite a reeleição impede a eficácia dos princípios constitucionais que asseguram a isonomia, como o livre exercício de voto, a liberdade de expressão dos candidatos e da opinião pública e a igualdade substantiva de condições no acesso aos eleitores (p. 235).

<sup>970</sup> SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos*. Op. cit., p. 55.

<sup>971</sup> TORELLY, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição*. Op. cit., p. 236 e 280. Para o autor, a vedação à reeleição garante a isonomia entre os candidatos, a pluralidade democrática, a distinção entre a administração pública e a disputa eleitoral e “a legitimidade racional e democrática dos processos eleitorais” (p. 276).

presidente da República”.<sup>972</sup> Igualmente crítico à adoção da reeleição, contrária a toda tradição, prudência e bom senso, manifesta-se Fábio Konder Comparato.<sup>973</sup>

Essa não é a opinião de Vera Maria Nunes Michels, que vê na possibilidade de reeleição dos chefes do Poder Executivo “algo saudável numa democracia”, pois permite que os eleitores renovem o mandato de bons administradores. Afirma ainda a autora que a maior exposição do abuso de poder político propiciada pela reeleição demandará normas eficazes e maior conscientização dos eleitores.<sup>974</sup>

Para Aroldo Mota, analisando a possibilidade de reeleição, “[a] influência do poder público no resultado da eleição é muito pequena”. Além disso, afirma que ou se adota a reeleição ou se proíbe, não fazendo sentido exigir que o ocupante do cargo se afaste para a campanha.<sup>975</sup>

Karl Loewenstein, ao se referir ao controle sobre o processo eleitoral em regimes autoritários, aponta a incorporação de vantagens na campanha eleitoral para os partidos governamentais como um método antidemocrático.<sup>976</sup> Mesmo que não se possa configurar o regime político brasileiro em 1997 como autoritário, parece inegável que a incorporação da possibilidade de reeleição para os chefes do Poder Executivo permite uma vantagem pouco democrática na disputa eleitoral.<sup>977</sup> E é inconstitucional.

Ademais, com a alteração apenas de um parágrafo da Constituição, sem a alteração dos demais dispositivos do artigo 14, o sistema constitucional restou incoerente e iníquo: permanece a necessidade de afastamento dos titulares do Poder Executivo para concorrer a outros cargos e a inelegibilidade por parentesco, mas o candidato à reeleição pode permanecer no cargo que novamente disputa.

O parágrafo 6º do artigo 14 da Constituição referia-se à necessidade de renúncia ao mandato pelos chefes do Poder Executivo “para concorrerem a outros cargos”, em harmonia

---

<sup>972</sup> BONAVIDES, Paulo. A salvaguarda da democracia constitucional. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 245-260, p. 245. Sérgio Sérulo da Cunha aponta que durante a revisão constitucional foram apresentadas quarenta e nove propostas para permitir a reeleição do chefe do Poder Executivo (CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Reeleição do Presidente da República*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 201-209, 1996, p. 201-209).

<sup>973</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 17, p. 220-228, 1997, p. 220-228.

<sup>974</sup> MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral: análise panorâmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 153.

<sup>975</sup> MOTA, Aroldo. *O Direito Eleitoral na Constituição de 1988*. Fortaleza: Editora Stylus, 1989, p. 23.

<sup>976</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976 [1961], p. 335.

<sup>977</sup> Vale ressaltar, no entanto, a análise dos cientistas políticos Fátima Anastasia, Carlos Ranufo Melo e Fabiano Santos sobre a matéria. Para os autores, a reeleição para os cargos do Poder Executivo pode ser mostrar positiva “na medida em que estimula a operação de mecanismos de *accountability*” (ANASTASIA, Fátima; MELO, Carlos Ranufo; SANTOS, Fabiano. *Governabilidade e representação política na América do Sul*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 36).

com o parágrafo anterior que em sua redação original impunha a impossibilidade dos chefes do Poder Executivo de concorrerem ao mesmo cargo. A Emenda 16/97 alterou apenas o parágrafo 5º, permitindo a reeleição para um único período subsequente.

Celso Antônio Bandeira de Mello faz uma análise a partir do princípio da isonomia na disputa eleitoral das regras constitucionais sobre a reeleição. Afirmar ser “da mais incontável certeza” a prevenção constitucional às situações de desequilíbrio entre os candidatos e aduz que o texto original da proposta de emenda previa expressamente a permanência no cargo. Ao ser afastada tal possibilidade, segundo o autor, nada impõe uma leitura que inverta o princípio da igualdade entre os candidatos, em uma aplicação da Constituição que aceita a desigualdade entre o que tenta a reeleição e os demais concorrentes. Permitir que o candidato à reeleição se mantenha do cargo seria “inculcar imbecilidade à norma jurídica”, “o mais rematado absurdo, a mais completa inconsistência, a mais radical estultice, a mais cabal incongruência da Lei Magna”. Sublinha que a interpretação que permite a permanência no cargo faz a emenda inconstitucional, pois ofende as cláusulas pétreas, a igualdade como o primeiro dos direitos e garantias individuais. E afasta o argumento da impossibilidade de aplicação da regra do parágrafo 6º defendendo que os parágrafos 5º, 6º e 9º do artigo 14 da Constituição são “*declarações expressas [que] conduzem implicitamente à inelegibilidade do presidente que não se desincompatibilize seis meses antes do pleito*”, e que a não restrição do direito dos chefes do Poder Executivo de permanecerem no cargo leva à restrição do direito “*de todo e qualquer cidadão concorrer em igualdade de condições com estas autoridades*”, em um choque do interesse privado com o interesse público da lisura das eleições.<sup>978</sup>

Mas, nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal preferiu não atuar na remoção de uma “esquizofrenia” constitucional, ainda que decorrente de reforma. Em decisão liminar na ação direta de inconstitucionalidade 1805-1,<sup>979</sup> o Tribunal, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, afastou a extensão da exigência de desincompatibilização prevista no parágrafo 6º do artigo 14 da Constituição para os candidatos à reeleição em cargos do Poder Executivo.

A ementa da liminar afirma que a Emenda Constitucional 16/97 substituiu uma regra de inelegibilidade absoluta por uma norma de elegibilidade, e que a desincompatibilização – o afastamento do cargo ou da função pública – relaciona-se com a inelegibilidade e não com a possibilidade de reeleição. Aduz que o afastamento para concorrer ao mesmo cargo somente poderia ser exigido se houvesse um comando constitucional exposto, sob pena de criação,

---

<sup>978</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, p. 5-14, 1997.

<sup>979</sup> Decisão em plenário de 26 de março de 1998, publicada apenas em 14 de novembro de 2003.

“por via exegética”, de “cláusula restritiva da elegibilidade prevista no § 5º do art. 14, da Constituição, na redação da Emenda Constitucional nº 16/1997, com a exigência de renúncia seis meses antes do pleito, não adotada pelo constituinte derivado”.<sup>980</sup>

Para Torquato Jardim, a premissa do “novo regime da reeleição” é a presunção de “comportamento republicano probo do candidato à reeleição”.<sup>981</sup> O sistema constitucional e eleitoral brasileiro, no entanto, não se caracteriza por presumir o comportamento probo dos agentes públicos. Desde o Império há legislação, constantemente ampliada, prevendo inelegibilidades e incompatibilidades para ocupantes de determinados cargos, a fim de se evitar o uso da função pública para desequilibrar o pleito em benefício próprio ou alheio.

As inelegibilidades por parentesco, a proibição de reeleição, as regras e os prazos de desincompatibilização da Lei Complementar 64/90, evidenciam uma presunção absoluta contra aqueles que ocupam os cargos apontados.<sup>982</sup>

A Lei das Eleições, Lei 9.504/97, lista uma série de condutas no seu artigo 73 que, por presunção legal, são “tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”. Não é necessário demonstrar a má-fé ou o desvio de finalidade do agente público: a lei presume um comportamento antirrepublicano e ímprobo dos candidatos e não exclui dessa reputação legal aquele que busca a reeleição.

No Brasil não há limitações à reeleição nos cargos parlamentares. Fátima Anastasia, Carlos Ranufo Melo e Fabiano Santos acentuam que na América do Sul todos os países permitem a reeleição de parlamentares, ainda que a Venezuela permita no máximo dois mandatos consecutivos e que a Colômbia tenha aceito essa possibilidade apenas a partir de 2002.

Benjamin Constant se opõe fortemente à limitação da reeleição para o Parlamento. Afirma que a reeleição sucessiva “remunera e favorece as resistências morais” e que “nada é mais contrário à liberdade e ao mesmo tempo mais favorável à desordem que a exclusão forçada dos representantes do povo”.<sup>983</sup>

---

<sup>980</sup> Esquizofrenicamente o Supremo Tribunal Federal afasta uma decorrência lógica das normas de desincompatibilização (existentes nos textos constitucionais desde o Império) em respeito ao poder de reforma da Constituição, mas desconsidera as opções do constituinte originário na determinação da titularidade do mandato eletivo e no desenho do sistema eleitoral brasileiro, em nome da lógica.

<sup>981</sup> JARDIM, Torquato. *A representação eleitoral em face da Constituição e da Lei Geral das Eleições*. Op. cit., p. 214.

<sup>982</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo*. Op.cit., p. 5-14, p. 7.

<sup>983</sup> Benjamin Constant aponta três requisitos para exercer funções representativas: nascimento, idade legal e tempo livre necessário para informar-se e atingir a retidão de julgamento, o que é garantido pela propriedade. Afasta expressamente os não-proprietários da condição de eleitor e de elegível: “Aqueles a quem a indulgência mantém uma eterna dependência e condena a trabalhos diários, não têm maior informação que as crianças sobre os assuntos públicos, nem têm maior interesse do que os estrangeiros na prosperidade nacional, cujos elementos

João Fernando Lopes de Carvalho sublinha que a possibilidade de um parlamentar de concorrer à reeleição sem necessidade de afastar-se do cargo o coloca em uma posição privilegiada, com maior exposição nos meios de comunicação social e com outras formas de divulgar seu trabalho e suas propostas.<sup>984</sup>

Outro recorte que a Constituição e a legislação eleitoral fazem em relação aos direitos políticos é a previsão de incompatibilidades. A incompatibilidade é uma restrição à elegibilidade decorrente de um impedimento que pode ser afastado por vontade do futuro candidato ou por vontade alheia, no caso da incompatibilidade por parentesco.<sup>985</sup> As incompatibilidades, voltadas à autenticidade eleitoral e à igualdade entre os candidatos, estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro desde sempre. Há uma presunção de que a ocupação de determinados cargos, não necessariamente públicos, gera para seu ocupante uma vantagem na disputa eleitoral não admitida pelo Direito.<sup>986</sup>

As incompatibilidades constitucionais estão previstas nos parágrafos 6º e 7º do artigo 14. O primeiro diz respeito aos chefes do Poder Executivo que pretendem concorrer a outros cargos – a eles se impõe a renúncia a seus cargos até seis meses antes da eleição. O parágrafo seguinte se refere ao cônjuge e aos parentes do titular do Poder Executivo, que são impedidos de concorrer se o titular não renuncia a seu posto, exceto se forem titulares de mandato eletivo candidatos à reeleição.

A Lei Complementar 64/90 indica uma série de cargos cuja ocupação é incompatível com a disputa eleitoral, a partir do inciso II do artigo 1º, e remissões nos incisos seguintes. A lógica é imputar a impossibilidade de concorrer ao pleito se não houver afastamento definitivo ou temporário do cargo ou função, pública ou não, no prazo estabelecido, sob pena de macular a autenticidade eleitoral.

---

não conhecem e de cujos benefícios só participam indiretamente” (CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais*: Princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França. Tradução: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989 [1815], p. 111-120).

<sup>984</sup> CARVALHO, João Fernando Lopes de. Inelegibilidades constitucionais. In: ROLLO, Alberto (Org.). *Elegibilidade e inelegibilidade*. Caxias do Sul: Plenum, 2008, p. 81-144, p. 93. O autor aponta ainda o tratamento diferenciado em relação a ocupantes de outros cargos públicos e de outros profissionais, como dirigentes de sindicatos.

<sup>985</sup> Para Adriano Soares da Costa a incompatibilidade é uma condição de elegibilidade imprópria (COSTA, Adriano Soares. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2006, p. 184). Não parece, no entanto, relevante essa identificação, sendo preferível utilizar os termos consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela doutrina.

<sup>986</sup> Ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello que as previsões de incompatibilidade da Lei Complementar 64/90 carregam uma “previsão *juris et de jure* a de que *para ferir os valores que se propõe a colocar sob proteção basta a mera ocupação daqueles postos no período indicado*”, não se exigindo abuso das prerrogativas do cargo (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo*. Op. cit., p. 5-14, p. 7).

O prazo geral é de seis meses para concorrer ao cargo de Presidente da República, de Vice-Presidente, de Governador, de Vice-Governador, de Senador, de Deputado Federal e Estadual e de Vereador e de quatro meses para o cargo de Prefeito e de Vice-Prefeito. Os servidores públicos, estatutários ou não, que não ocupam cargo diretivo, devem se licenciar de suas funções três meses antes do pleito para concorrerem a qualquer cargo eletivo.

Ainda em relação ao princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral, há de se atentar para a questão da liberdade de expressão.

A adoção do pluralismo político como fundamento do Estado brasileiro implica a participação no debate de todas as opiniões políticas. Mas não qualquer participação – exige-se “respeito e salvaguarda permanentes da competência de participação por igual direito e da dignidade de cada indivíduo”.<sup>987</sup> A ampla expressão do pluralismo exige a garantia de um espaço em que todos tenham voz e não apenas aqueles que detenham meios para isso.<sup>988</sup>

A imprensa e os meios de comunicação de massa, fundamentais para a configuração de uma sociedade democrática, alteram o seu papel com o passar do tempo. Como aponta Jürgen Habermas, os “princípios jornalísticos da imprensa ilustrada”, que marcam a “imprensa politicamente pensante”, perdem seu espaço para uma lógica de mercado e de consumo. Para o autor, “[o] mundo criado pelos meios de comunicação de massa só na aparência ainda é esfera pública”. O público deixa de pensar a cultura para apenas consumi-la; uma cultura de integração, repleta de formas publicitárias e slogans, que absorve a esfera pública política. “O jornalismo crítico é suprimido pelo manipulativo”.<sup>989</sup>

Isso se repete na vida política, também marcada pela lógica da oferta e da procura, segundo Pierre Bourdieu, em face da “desigual distribuição dos instrumentos de produção de uma representação do mundo social” – a concorrência entre os agentes políticos gera produtos políticos, programas, problemas, análises, conceitos, acontecimentos, que os cidadãos consumidores devem escolher, “com probabilidades de mal-entendido tanto maiores quanto mais afastados estão do lugar de produção”. Ressalta ainda que “o mercado da política é, sem dúvida, um dos menos livres que existem”.<sup>990</sup>

---

<sup>987</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Tradução: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 [1994], p. 303. O autor, ao contrário de Roberto Gargarella, afirma que são aceitos no debate público apenas aqueles que compartilham de um consenso fundamental, concordando com determinadas regras: “a sociedade aberta não legitima a eliminação das suas próprias premissas”.

<sup>988</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 59.

<sup>989</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984 [1961], p. 200-201 e 207-210.

<sup>990</sup> BOURDIEU, Pierre. A representação política. Elementos para uma teoria do campo político. In: \_\_\_\_\_. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 163-207, p. 164 e 166.

O princípio constitucional da máxima igualdade entre os candidatos alcança o âmago de um valor central de um regime democrático: a liberdade de expressão. Conforme acentua Jônatas Machado, a liberdade de expressão, para além de um direito fundamental, tem uma posição primordial na Constituição em face de seu caráter constitutivo dos princípios estruturantes e dos direitos fundamentais, refletindo-se no sistema político, econômico, religioso, científico, artístico.<sup>991</sup>

Jürgen Habermas afirma que os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de opinião, de reunião e associação e de imprensa devem ser interpretados “positivamente como garantias de participação, se é que eles devem querer preencher com algum sentido a sua função originária”. Com o apoio em Ridder, aduz a formulação de uma “liberdade pública de opinião”, “que primeiro providencia para os cidadãos a participação com igualdade de chances no processo de comunicação pública”. A liberdade de opinião e expressão está para além da esfera individual, sendo necessária a garantia de “igualdade de chance de acesso à esfera pública”.<sup>992</sup>

O fato de a liberdade de expressão ser um princípio constitutivo dos Estados Democráticos de Direito, bem como a proteção ao conteúdo das mensagens políticas, conforme sublinha John Hart Ely, não afasta a incidência de uma regulação das manifestações.<sup>993</sup> Mas a imposição de limites à expressão deve ser cuidadosamente verificada, em face da posição fundamental que ocupa a liberdade de expressão na estrutura democrática. Roberto Gargarella afirma que “*el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático*”. Para o autor, as limitações às expressões públicas de cidadania não devem se dirigir ao conteúdo do discurso nem buscar evitar que ele se torne público; devem ser avaliadas em relação ao compromisso democrático com um debate público robusto, que permita a participação de todas as vozes.<sup>994</sup>

Em face desse princípio, relacionado com a liberdade de eleição, Óscar Sánchez Muñoz aponta que alguns direitos subjetivos, inclusive de natureza fundamental, podem sofrer restrições no período eleitoral, como ocorre com o princípio da liberdade de expressão

---

<sup>991</sup> MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 9-16. O autor afirma que os sistemas devem ter seu funcionamento estrutural e comunicativamente aberto, “em termos tipicamente *market based*” (p. 16). Não soa bem, no entanto, a utilização de categorias mercadológicas para o tratamento de direitos fundamentais, o *laissez-parler* que o autor afirma (p. 872). Adiante o autor expressamente afirma que a “liberdade de expressão é um bem insuscetível de subordinação a uma pura lógica econômica de mercado”, havendo motivos para a intervenção estatal (p. 218).

<sup>992</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Op. Cit., p. 264-265.

<sup>993</sup> ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Op. cit., p. 110. Ao se referir à primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos, o autor defende a necessidade do estabelecimento de regras, a partir da análise dos casos particulares, pela Suprema Corte (p. 231, n 14). Isto não parece adequado ao sistema brasileiro, principalmente em relação às normas de propaganda eleitoral.

<sup>994</sup> GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 26-28 e 41.

e o da liberdade de empresa.<sup>995</sup> Tais restrições, vale ressaltar, não podem ir além do mínimo necessário para garantir a efetividade dos princípios estruturantes.

Jônatas Machado aponta que o princípio da igualdade de oportunidades comunicativas tem função estruturante e que sua dimensão objetiva se revela na “função democrática de formação da opinião pública e da vontade política, no dever de proteção de minorias e na garantia de uma esfera de discurso público aberta e pluralista”.<sup>996</sup> Ressalta Francisco de Assis Vieira Sanseverino que devem ser levados em consideração a liberdade de informação (em relação a quem transmite e a quem recebe), a liberdade de manifestação e o princípio da igualdade de oportunidade na disputa eleitoral.<sup>997</sup>

Não há, no entanto, uma colisão entre os princípios da liberdade e da igualdade quando do controle da propaganda eleitoral, do financiamento de campanhas e da vedação ao abuso. Como aponta Owen Fiss, há o confronto entre duas concepções de liberdade. A primeira é focada na liberdade de expressão como manifestação da autonomia individual; a segunda relaciona a liberdade de expressão com a sua finalidade no regime democrático: fortalecimento do debate público e intensificação da autodeterminação coletiva.<sup>998</sup> Neste contexto, é papel do Estado preservar a abertura e a integridade do debate público,<sup>999</sup> em virtude do seu compromisso com a democracia e com a qualidade epistêmica da discussão pública, que exige igualdade de acesso aos meios de comunicação.<sup>1000</sup>

Parece defensável afirmar que a Constituição, por seus princípios fundamentais, se inclina para a segunda concepção. Assim, mesmo que a liberdade de expressão seja um valor base para a liberdade democrática e que o discurso seja sempre no sentido de seu caráter absoluto e intangível – e não possa ser diferente – não se pode negar a necessária imposição

---

<sup>995</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 59.

<sup>996</sup> MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 365 e 384. Para o autor, a dimensão subjetiva das liberdades comunicativas (que veda a atuação do Estado) pode entrar em conflito com essa dimensão objetiva e se esse embate for insanável deve-se privilegiar a dimensão jurídico-subjetiva (p. 384-385).

<sup>997</sup> SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Direito eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2006, p. 112.

<sup>998</sup> FISS, Owen M. Free speech and social structure. *Yale Law School*. 1986. Disponível em: [www.law.yale.edu/faculty/fisspublications.htm](http://www.law.yale.edu/faculty/fisspublications.htm). Acesso em: 20 maio 2009.

<sup>999</sup> Id.

<sup>1000</sup> Conforme aponta Carlos Santiago Nino (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996, p. 224). Jônatas Machado também ressaltava essa questão, afirmando a necessidade de impedir que os interesses de um indivíduo ou um grupo levem ao bloqueio das possibilidades de comunicação de todos, sendo necessária a correção das desigualdades comunicativas, a partir dos princípios da liberdade, da igualdade, da justiça e da reciprocidade. Afirma que “a liberdade de expressão em sentido amplo constitui um instrumento de *difusão pluralística do poder* imprescindível a uma ordem constitucional livre e democrática” (MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 18 e 89-90).

de restrições, ainda quando se trate de expressão política.<sup>1001</sup> Há de se reconhecer o “efeito silenciador da liberdade de expressão”: a ampla liberdade de expressão de um indivíduo ou de um grupo pode afastar um grupo marginalizado da discussão dos assuntos públicos.<sup>1002</sup>

A configuração constitucional brasileira se acomoda ao modelo da opinião pública livre e não ao modelo de mercado das idéias, na distinção de Óscar Sánchez Muñoz.<sup>1003</sup> O princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral exige a restrição à liberdade de campanha e à atuação dos meios de comunicação no pleito para evitar que haja a influência indevida de um fator tido como irrelevante e que o acesso aos meios de comunicação (permitido pelo poder econômico ou pela a relação de um partido ou candidato com seus dirigentes) leve ao desequilíbrio, atingindo o pluralismo e a liberdade de formação da opinião.

A regulação da liberdade de expressão deve ser tratada de maneira cuidadosa, sob pena de se permitir a aniquilação do direito; mas a existência de normas jurídicas, debatidas democraticamente em uma arena que conta com a participação das minorias, que regulem a campanha eleitoral não parece colocar em risco a observância do princípio: antes o realiza em sua vertente mais robusta, em sua leitura mais exigente.<sup>1004</sup>

Para Jônatas Machado, as liberdades de comunicação são limitadas pela proteção ao Estado de Direito Democrático. Assim, não são aceitos discursos que desafiam a legitimidade da ordem estabelecida e que incitam à guerra civil, à alteração violenta do Estado de Direito, à luta política pela violência ou à desobediência coletiva.<sup>1005</sup> A questão que se coloca é apontar o juiz da legitimidade dos discursos políticos.

---

<sup>1001</sup> Como acentua John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Op. cit., p. 109 e 231 n 10).

<sup>1002</sup> FISS, Owen M. El efecto silenciador de la libertad de expresión. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* [Instituto Tecnológico Autónomo de México], Ciudad de México, n. 4, p. 17-27, abr.1996, p. 22. O efeito silenciador não decorre simplesmente do conteúdo, mas da diferença social entre os indivíduos ou grupos: “*The silencing effects of words do not depend simply on their content, but also on the social standing of those who hear them*” (FISS, Owen M. The Supreme Court and the problem of hate speech. *Capital University Law Review*, v. 24, n. 2, p. 281-291, 1995, p. 290). Luis Felipe Miguel adicionaria ainda a influência da seleção dos fatos e dos ângulos e a escolha de termos para descrever determinadas ações (como o uso de “ocupação” ou de “invasão” para descrever os atos do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra) para acentuar a atuação dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública (MIGUEL, Luís Felipe. Mídia e opinião pública. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 331-341).

<sup>1003</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 243-244.

<sup>1004</sup> É a noção de democracia que impõe que o discurso dos poderosos não cale ou impeça a expressão dos fracos (FISS, Owen M. *El efecto silenciador de la libertad de expresión*. Op. cit., p. 23). Para Jônatas Machado, impõe-se “garantir a existência, integridade e acessibilidade de uma esfera de discussão pública aberta e pluralista, sem *impedimentos e discriminações*, e combater os efeitos das discriminações ocorridas no passado” (MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 363).

<sup>1005</sup> *Ibid.*, p. 865.

O princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral impõe ainda a coibição dos abusos na campanha. Os abusos que viciam a livre formação da vontade do eleitor podem ser vistas como formas abusivas de exercício de direito, assim consideradas, segundo Francisco Amaral, quando se dão para além de seus limites, de suas finalidades, para além da função instrumental do direito.<sup>1006</sup>

A legislação eleitoral busca reprimir os abusos na disputa eleitoral – nomeadamente o abuso do poder econômico, o uso do poder político e o uso indevido dos meios de comunicação social – prevendo instrumentos processuais para a sua apuração e sanções jurídicas e políticas quando de seu cometimento.

Os abusos de poder econômico e do poder de autoridade, ressalta José Neri da Silveira, ofendem a liberdade do sufrágio e a igualdade na disputa eleitoral pelo “aliciamento ilegítimo de eleitores”.<sup>1007</sup> Para Olavo Brasil Lima Junior, a democracia “requer que o processo decisório não seja contaminado pelas desigualdades e condicionamentos impostos pela apropriação privada do capital, sob pena de afastar o *demos da polis*”.<sup>1008</sup>

“O direito de votar e ser votado é obviamente afetado de maneira negativa pelo controle desigual de recursos financeiros (as campanhas eleitorais, por exemplo, são claramente condicionadas em seus resultados pelos grandes gastos que envolvem)”, aduz Fábio Wanderley Reis.<sup>1009</sup>

Lauro Barreto critica severamente as disposições legais sobre o tema, afirmando sua insuficiência e anacronismo e apontando como responsável pela ineficácia do combate ao abuso de poder nas campanhas a inexistência de juízes especializados próprios da Justiça Eleitoral.<sup>1010</sup>

De fato, o tratamento legal da coibição dos abusos nas campanhas eleitorais é deficitário. Possivelmente as falhas das normas jurídicas sejam propositais, para impedir uma efetiva punição dos infratores. No entanto, a autolimitação do Tribunal Superior Eleitoral no reconhecimento dos abusos, com a utilização de argumentos como a exigência de

---

<sup>1006</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 208-212.

<sup>1007</sup> NERI DA SILVEIRA, José. *Aspectos do processo eleitoral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 91.

<sup>1008</sup> LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. *Instituições políticas democráticas: o segredo da legitimidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 33.

<sup>1009</sup> REIS, Fábio Wanderley. Democracia, Igualdade e Identidade. In: PERISSINOTTO, Renato; FUKS, Mário (Orgs.). *Democracia: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002, p. 11-31, p. 12.

<sup>1010</sup> BARRETO, Lauro. *Escrúpulo e poder: o abuso de poder nas eleições brasileiras*. Bauru: Edipro, 1995, p. 19-23. Essa também é a crítica de Luis Gustavo Motta Severo da Silva (SILVA, Luis Gustavo Motta Severo da. A inefetividade da Ação de Investigação Judicial Eleitoral: análise crítica do artigo 22, XV, da Lei Complementar nº 64/90. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luis (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 289-318.)

potencialidade para alterar o resultado da eleição e de proporcionalidade da sanção em relação à conduta, faz com que o mínimo de possibilidade de garantia da igualdade da disputa eleitoral se esvaia. Essa timidez ou respeito à vontade popular não é, no entanto, uma constante no comportamento da Justiça Eleitoral. Em outras matérias, os juízes pretendem até mesmo realizar a Constituição diretamente, com uma leitura ampla e pessoal da moralidade em matéria eleitoral.

#### 4.1 A REGULAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL E O USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

As campanhas eleitorais não podem prescindir da liberdade de propaganda, mas isso tem de ser combinado com a exigência de igualdade entre os concorrentes, como corolário do ideal republicano e do princípio democrático.

Propaganda é, segundo Fávila Ribeiro, “um conjunto de técnicas empregadas para suggestionar pessoas na tomada de decisão”, que prescinde de argumentos persuasivos em busca de uma reação emocional.<sup>1011</sup>

A liberdade de propaganda deriva da liberdade de expressão e daí decorre sua proteção. A sua regulação é indispensável para assegurar a isonomia entre os candidatos, desde que no estrito limite da lei, pois “a liberdade não é atributo exclusivo de alguns, tendo de ser igualmente acessível a todos, adquirindo expressiva dimensão social com o estabelecimento de um ambiente propício ao debate de idéias, ao confronto de opiniões”.<sup>1012</sup> Com José da Cunha Nogueira, o tratamento da liberdade de propaganda deve garantir o funcionamento da competição democrática, em consonância com a igualdade: protege-se a liberdade contra a atuação indevida das agências estatais e a igualdade em face das dominações sociais que possam “de alguma maneira embaraçar e desnivelar o livre diálogo democrático”.<sup>1013</sup>

Em virtude da sua influência na disputa eleitoral, a apreciação da questão da liberdade de propaganda deve extrapolar o âmbito individual. O valor da liberdade deve ser lido de acordo com o princípio da igualdade, base do ideal republicano e do Estado democrático de Direito.

---

<sup>1011</sup> RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 289.

<sup>1012</sup> RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Op. cit., p. 294.

<sup>1013</sup> NOGUEIRA, José da Cunha. *Manual prático de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 34.

Joel José Cândido aponta como bens jurídicos protegidos pela regulação da propaganda a soberania do Estado, a ordem pública, a moral e os bons costumes, o controle de abusos, a defesa dos direitos e a imposição dos deveres e os princípios constitucionais fundamentais, mas ressalva que a normatização deve dar-se “nos termos e sob o império da lei”<sup>1014</sup>.

Deve-se observar, ainda, se as restrições à liberdade de expressão na propaganda eleitoral não se dirigem, indiretamente, à discriminação de grupos sociais ou partidos políticos que não teriam outra forma de se manifestar em virtude dos custos envolvidos.<sup>1015</sup> Cada vez mais torna-se importante a valorização da participação política dos pequenos movimentos sociais, alguns deles já de alguma forma ligados às organizações não governamentais, que surgem justamente com “a função e a meta” de assessorá-los.<sup>1016</sup> Esse é um dos mais legítimos papéis que deve ser assumido pelo terceiro setor, infelizmente mais ligado a uma atividade caritativa do que a uma verdadeira atuação política transformadora. A normativa legal não promove, no entanto, condições para a efetivação da liberdade de expressão de movimentos sociais e associações, para a manifestação de suas posições políticas.

Tal estreitamento, antidemocrático e contrário ao pluralismo, não se harmoniza com o desenho constitucional.<sup>1017</sup> Tampouco se pode conceber uma restrição judicial independente de norma jurídica – ou contrariamente a ela – à propaganda eleitoral, forma qualificada de exercício da liberdade de expressão que se relaciona duplamente com a democracia.

Joel José Cândido indica seis princípios regentes da propaganda política: o princípio da legalidade (lei federal regula a propaganda), princípio da liberdade (livre direito à propaganda, na forma da lei), princípio da responsabilidade (dos partidos e coligações, com solidariedade dos candidatos pelos abusos), princípio igualitário (igual acesso à propaganda paga ou gratuita), princípio da disponibilidade (livre disposição dos meios lícitos de propaganda) e princípio do controle judicial da propaganda (exclusividade da Justiça Eleitoral na aplicação das regras da propaganda eleitoral e no exercício do poder de polícia).<sup>1018</sup> Lauro

---

<sup>1014</sup> CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11. ed. Bauru: Edipro, 2004, p. 150.

<sup>1015</sup> John Hart Ely aponta tal exigência (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Op. cit., p. 111).

<sup>1016</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 118. O autor faz um estudo sobre o terceiro setor e sobre o desvio na atuação das organizações não-governamentais.

<sup>1017</sup> Um caso interessante na campanha eleitoral para vereador em Curitiba em 2008 se relaciona a essa questão. Professor Galdino, candidato pelo Partido Verde, realizou sua campanha de bicicleta, munido de microfone e alto-falante, divulgando um *jingle* repetitivo que reunia suas pretensas qualidades para o cargo de representante político. Proibir essa forma de propaganda, embora inconveniente e perturbadora do sossego público, seria bloquear o acesso ao processo democrático para a mudança política, como indica John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Op. cit., p. 116-117).

<sup>1018</sup> CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. Op. cit., p. 153.

Barreto adiciona o princípio da ampla fiscalização da propaganda (pela possibilidade de todos os partidos, coligações e candidatos, e em determinados casos, o eleitor, representar à Justiça Eleitoral em face de propaganda eleitoral em desconformidade com a legislação).<sup>1019</sup>

A formação da vontade política do eleitorado passa pela livre e pública formação da opinião pública.<sup>1020</sup> Incorporando o princípio da igualdade, o debate público de ideias exige a “faculdade de participação permanente e juridicamente igual de qualquer um”.<sup>1021</sup> Isso deve ser levado em consideração na regulação da propaganda eleitoral.

As propagandas eleitorais a partir dos meios de comunicação de massa forjaram a figura do “candidato sabão em pó”<sup>1022</sup> e a do eleitor-consumidor.<sup>1023</sup> A propaganda política tem como objetivo “veicular concepções ideológicas com vistas à obtenção ou manutenção do poder estatal” e a propaganda eleitoral é aquela destinada a levar ao público os candidatos que estão concorrendo ao pleito para captar votos,<sup>1024</sup> mas não é isso que informa as estratégias de campanha.

---

<sup>1019</sup> BARRETO, Lauro. *Manual de propaganda eleitoral*. Bauru: Edipro, 2000, p. 24.

<sup>1020</sup> Maurizio Passerin D’Entrèves afirma que opiniões representativas somente podem surgir quando os cidadãos se confrontam em um espaço público. A opinião política não pode ser formada privadamente, pois deve se colocar em teste em uma discussão pública. Se não, ter-se-á apenas uma opinião como unanimidade inconsciente da sociedade de massa (D’ENTRÈVES, Maurizio Passerin. Hannah Arendt and the idea of citizenship. In: MOUFFE, Chantal (Ed.). *Dimensions of radical democracy*. London: Verso, 1992, p. 145-168). Cabe aqui, como ressalva, a opinião de Augusto Fuschini, escrevendo sobre a realidade portuguesa em 1899, trazida por António Manuel Hespanha: “Sem dúvida, a opinião pública é essencialmente ignorante e versátil. Como as mulheres formosas e históricas, deixa-se mais facilmente conduzir pelas palavras lisonjeiras e sedutoras dos que lhe cultivam os defeitos e afagam as vaidades, do que pelas lições severas dos que procuram elevar-lhe o nível intelectual e moral” (HESPANHA, António Manuel. *O constitucionalismo monárquico português. Breve síntese*. Disponível em: < [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_MA\\_3904.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_3904.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2009). Ainda vale trazer a opinião de Pierre Bourdieu, para quem “a opinião pública não existe”, ou ao menos não se pode dizer o que ela é: ela não pode ser lida como a soma das opiniões individuais, através de pesquisas de opinião (BOURDIEU, Pierre. A opinião pública não existe. In: THOLLENT, Michel. *Crítica Metodológica, investigação social e enquete operária*. São Paulo: Polis, 1981, p. 137-151, p. 137-151).

<sup>1021</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 342. Para Fávila Ribeiro, “as normas protetoras da liberdade [de propaganda] aparecem em funcional implicação com os postulados da igualdade” (RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Op. cit., p. 308).

<sup>1022</sup> Interessante ressaltar que as campanhas publicitárias eleitorais que tentam “vender” o candidato com argumentos não políticos não são recentes na política brasileira. O slogan do candidato à presidência da República Brigadeiro Eduardo Gomes ressaltava as características relevantes de sua proposta política: “Vote no Brigadeiro, que é bonito e é solteiro”. Candidato da União Democrática Nacional às eleições presidenciais de 1945 e 1949, derrotado em ambas (na primeira por Gaspar Dutra e em seguida por Getúlio Vargas), diz-se que sua popularidade o fez nome do docinho preferido dos brasileiros. *Se non è vero, è bene trovato*.

<sup>1023</sup> A visão da arena política como um mercado é freqüente. Manuel García-Pelayo aduz que os partidos políticos funcionam como empresas políticas, *political enterprises*, “que, al igual que cualquier empresa, tratan de maximizar sus beneficios satisfaciendo, de un lado, las demandas ya existentes en ciertos sectores de la sociedad y, de outro, creando artificialmente demandas seguidas de la oferta de satisfacerlas a fin de acrecer sus beneficios en el mercado electoral en una coyuntura dada”. Isso se reflete também na “flexibilidad ideológica” dos partidos, adaptável às conjunturas político-eleitorais e direcionada à sua “razón concreta o programática de existir”: obter o maior número possível de votos (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza Editorial, 1996 [1986], p. 78-79).

<sup>1024</sup> O conceito é de Jairo José Gomes (GOMES, Jairo José. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 263 e 273).

Ressalta Carlos Santiago Nino que a democracia não se fortalece com campanhas eleitorais de cunho comercial; ao contrário, enfraquece-se pelo apelo à irracionalidade e pelos altos custos, usualmente suportados por interesses privados, que afastam do debate os candidatos sem recursos e seus argumentos.<sup>1025</sup>

A “espetacularização” das campanhas eleitorais passa a concentrar os discursos em torno de pequenas diferenças, “laminadas a ouro”, com recontextualização dos fatos e com um *marketing* da personalidade afastado da história do candidato.<sup>1026</sup> Sequer se discute a condução da campanha eleitoral pela lógica da publicidade: “O discurso político é uma jogada de venda articulada, e a participação política está reduzida à escolha entre as diversas imagens consumíveis”.<sup>1027</sup>

O tratamento dos candidatos como mercadoria de consumo rápido e descartável<sup>1028</sup> não é privilégio da política brasileira. Outros países sofrem com essa mercantilização do debate político,<sup>1029</sup> com perda de qualidade na formação do voto e na capacidade de construção de consensos em torno de propostas políticas concretas.<sup>1030</sup> Ou, ao menos, com deturpações na determinação de critérios para a escolha de representantes.

Karl Loewenstein aponta a utilização na propaganda política de instrumentos que provocam efeitos emocionais, substituindo os argumentos racionais que levariam à persuasão. O discurso da propaganda política passa a ser dirigido por profissionais da formação da opinião pública, com a utilização de pesquisas de opinião. Os candidatos são vendidos como “*pasta de dientes o jabón*”.<sup>1031</sup> Não distinta é a análise de Jürgen Habermas, para quem as eleições forjam uma mobilização popular, dirigida por “gerentes eleitorais” que, pela

---

<sup>1025</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op. cit., 227-228. O autor apresenta como possibilidade de superar isso a realização de acordos voluntários entre os candidatos para limitar a extensão da campanha e afastar a propaganda que mostre apenas nomes e slogans (Ibid., p. 228).

<sup>1026</sup> Essa análise é feita por Richard Sennett (SENNETT, Richard. *A cultura do novo capitalismo*. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 151).

<sup>1027</sup> Conforme a leitura de Michael Hardt e Antonio Negri (HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 343).

<sup>1028</sup> Não há, no entanto, um órgão de proteção ao eleitor-consumidor, que proteja o cidadão contra vício ou fato do “produto”. Interessante ressaltar que o nome dado ao referendo revocatório de mandatos eletivos nos Estados Unidos é o mesmo dado para a troca de produtos defeituosos: *recall*.

<sup>1029</sup> A campanha eleitoral milionária de Barack Obama para a presidência dos Estados Unidos em 2008 ganhou o prêmio de anunciante do ano nos Estados Unidos (AdAge), superando a Apple. Em 2009 foi a vencedora do prêmio Grand Clio de marketing.

<sup>1030</sup> Carlos Santiago Nino afirma que no debate público em todo mundo as discussões sobre as grandes questões políticas são substituídas por imagens pictóricas, opiniões absolutamente vagas e apelos emocionais (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op. cit., p. 222).

<sup>1031</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 415. O autor conceitua propaganda como “*el uso de personas, palabras, objetos, símbolos, u otras técnicas de representación para conducir, hacia los objetivos de los que la manejan, la mentalidad y la conducta de aquellos a los que va dirigida*”, como uma faceta do processo de poder (p. 414).

linguagem do *marketing* político, tentam adequar os cidadãos apáticos à “posição de consumidor apolítico”, vendendo política apoliticamente.<sup>1032</sup>

A organização das campanhas em torno de mensagens publicitárias, de apelo fácil com *slogans* retóricos, não corresponde à “*garantía de un proceso comunicativo respetuoso con la libertad de la formación de la decisión de los electores*”.<sup>1033</sup> Ao contrário, faz com que os cidadãos se vinculem mais à imagem que ao conteúdo das mensagens, sem se concentrarem no valor intrínseco dos “produtos” que buscam atrair sua preferência, conforme aponta José Luis Vega Carballo.<sup>1034</sup> Há um processo de escolha política sem que haja a formação de uma opinião pública, sem que o eleitor “seja capaz de participar de decisões efetivas ou até mesmo de participar”.<sup>1035</sup>

Não há, no entanto, vedação a esse uso da propaganda eleitoral no sistema jurídico brasileiro. Ainda que haja uma nítida discrepância entre essa ênfase publicitária nas campanhas eleitorais e a exigência do princípio republicano, inspirado por um ideal de cidadania ativa, qualquer controle prévio sobre o conteúdo das propagandas seria ofensivo ao princípio democrático e à liberdade de expressão. Uma fiscalização mais intensa do financiamento de campanhas e uma restrição mais enfática ao abuso de poder econômico, em face do alto custo de produção das campanhas de *marketing*, seria a única forma de tentar evitar esse desvio na finalidade da propaganda eleitoral.<sup>1036</sup>

A censura das propagandas eleitorais não se harmoniza com os princípios constitucionais estruturantes – sua concepção se relaciona com uma ideia de “verdade”, incompatível com um Estado Democrático de Direito.<sup>1037</sup> A regulação da propaganda eleitoral tem como único escopo promover a igualdade entre os candidatos e assim se legitima.<sup>1038</sup>

---

<sup>1032</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Op. cit., p. 251-252. Nas páginas seguintes o autor ressalta a importância da apresentação do líder e de seu empacotamento, necessariamente “adequados ao mercado”.

<sup>1033</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 253.

<sup>1034</sup> VEGA CARBALLO, José Luis. Manipulación. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 834-844, p. 840.

<sup>1035</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Op. cit., p. 258.

<sup>1036</sup> Não se deseja, em absoluto, um retorno à “Lei Falcão” – Decreto-Lei 6.639/76 – que, vedando a divulgação das propostas políticas, permitia apenas a divulgação do nome, número, partido e currículo dos candidatos, acompanhado de sua foto.

<sup>1037</sup> MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 41.

<sup>1038</sup> Do voto do ministro Sepúlveda Pertence, relator, no julgamento da Medida Cautelar 1.241 em 25 de outubro de 2002 no Tribunal Superior Eleitoral: “É sedimentada a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral quanto à validade de restrições legais à liberdade constitucional de informação, na medida necessária à vedação de interferência indevidas no processo eleitoral”. Inteiro teor disponível na página do Tribunal Superior Eleitoral na internet: [www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br) - Acesso em 26 de dezembro de 2009.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende uma campanha extremamente breve, 40 dias para a disputa presidencial e 22 dias para os demais cargos, para reduzir os recursos eleitorais necessários.<sup>1039</sup>

A propaganda extemporânea, antes da data legal – 05 de julho do ano da eleição, para a propaganda de rua – configura abuso de poder,<sup>1040</sup> em seu viés econômico. A configuração do abuso do poder econômico pela propaganda antes do tempo marca-se pela utilização de recursos econômicos na campanha antes da constituição dos comitês financeiros, em discrepância do determinado pela Lei das Eleições.<sup>1041</sup>

A regulamentação da propaganda eleitoral “de rua” sofre uma alteração enfática com a Lei 11.300/06, publicada em 10 de maio de 2006, menos de cinco meses da votação, a um mês das convenções. Não obstante, por resolução do Tribunal Superior Eleitoral, alguns dispositivos dessa lei foram aplicados já nas eleições de 2006, em flagrante ofensa ao artigo 16 da Constituição. Com a lei, passa a ser proibida a propaganda por *outdoors*, que eram divididos igualmente entre os candidatos e partidos, levando em consideração os pontos de maior e menor impacto – portanto sem a influência determinante do poder econômico – e permanece permitida a propaganda em muros, que dependem de acordo entre o proprietário do muro e o candidato ou partido, usualmente mediante paga. Isso leva a mais desigualdade entre os concorrentes e não, como afirma Marcus Vinicius Furtado Coêlho, uma diminuição do impacto do poder econômico por meio da propaganda.<sup>1042</sup> A Lei 12.034/09 acrescenta o parágrafo 8º no artigo 37 da Lei 9.504/97 e impõe que “[a] veiculação de propaganda eleitoral em bens particulares deve ser espontânea e gratuita, sendo vedado qualquer tipo de pagamento em troca de espaço para esta finalidade”. Resta saber como se dará a fiscalização.

As restrições legais, desde que adequadas aos princípios constitucionais (o que não parece ser o caso da proibição de *outdoors* combinada com a permissão do uso de muros na propaganda), não podem, no entanto, ser estendidas por resolução do Tribunal Superior Eleitoral. E menos ainda permite-se a remissão da regulação da propaganda à legislação de posturas municipais, o que, em eleições que ultrapassem a circunscrição do município, pode gerar uma intensa desigualdade na disputa eleitoral. E mais, como sublinha Guilherme de Salles Gonçalves, a restrição municipal da propaganda pode servir aos interesses do prefeito

---

<sup>1039</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Representatividade e democracia. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coords.). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 41-53, p. 49.

<sup>1040</sup> COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Eleições: Abuso de poder*. Brasília: Ed. Autor, 2006, p. 169.

<sup>1041</sup> Art 25. “O partido que descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos fixadas nesta Lei perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte, sem prejuízo de responderem os candidatos beneficiados por abuso do poder econômico”.

<sup>1042</sup> COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Eleições. Abuso de poder*. Op. cit., p. 45.

candidato à reeleição e de vereadores que buscam um novo mandato, já conhecidos do eleitorado.<sup>1043</sup>

Um ponto relevante relacionado ao Direito positivo a ser considerado em relação às regras de propaganda eleitoral adequadas ao princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral diz respeito ao acesso aos meios de comunicação social e ao tempo de direito de antena<sup>1044</sup> destinado aos candidatos que participam do pleito.<sup>1045</sup>

É reflexo do princípio da igualdade entre os candidatos a proibição de propaganda paga na televisão e no rádio, meios de comunicação de massa. A utilização desses meios para a divulgação das candidaturas deve dar-se sob requisitos equitativos de distribuição do tempo do horário eleitoral gratuito. Essa regra deve atingir também os canais de TV por assinatura,<sup>1046</sup> pois a restrição não se fundamenta na natureza jurídica dos meios de comunicação, mas em seu impacto e no elevado custo de divulgação da propaganda, o que levaria a uma discriminação indevida na disputa eleitoral.

Pela legislação brasileira, o tempo de propaganda eleitoral é dividido um terço por igual a todos os partidos que apresentem candidatos e os dois terços restantes proporcionalmente ao número de representantes na Câmara de Deputados, considerada a representação partidária resultante da eleição (artigo 47, §§ 2º e 3º da Lei 9.504/97). Com a

---

<sup>1043</sup> GONÇALVES, Guilherme de Salles. A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o ‘dever’ de respeito às posturas municipais. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luis (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 205-241, p. 208.

<sup>1044</sup> Para Bernardo Diniz de Ayala, direito de antena é a “situação jurídica activa que consiste no aproveitamento gratuito de um espaço de emissão, na rádio ou na televisão, para expor ideias imputáveis ao respectivo titular, que se responsabiliza pelo conteúdo da emissão” (AYALA, Bernardo Diniz de. O direito de antena eleitoral. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1, p. 573-653, p. 573). O autor ressalta três tipos de direito de antena na Constituição portuguesa: um geral, que se aplica aos partidos políticos e às organizações sindicais, profissionais e representativas das atividades econômicas; um específico dos partidos políticos da oposição, que obedece aos critérios de representatividade; e um direito de antena eleitoral, de titularidade dos candidatos, que deve ser igualmente distribuído (p. 576-577). No âmbito eleitoral, os princípios do Direito de antena são a dupla relevância da proibição da censura, a liberdade de propaganda, a igualdade, a eficácia, a identificabilidade e a licitude (p. 594).

<sup>1045</sup> Em relação ao direito de antena destinado aos partidos (onde há proibição de apelo direto ao voto, como aqui) no sistema português, Jônatas Machado critica a divisão do tempo baseada na representatividade do partido na Assembleia da República e no número de votos recebidos, afirmando que os critérios adotados levam à cristalização da posição relativa dos partidos. Aponta ainda outras fraquezas estruturais do direito de antena, como a segmentação temporal e à parcialidade do conteúdo, que não permite um “debate sério, profundo e crítico-racional das questões políticas, na sua complexidade, com o correspondente exame cruzado de razões e contra-razões” (MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 687-688).

<sup>1046</sup> Como o é na legislação espanhola baseada no modelo de garantia da opinião pública livre, que busca evitar a influência do poder econômico na propaganda eleitoral, segundo Óscar Sánchez Muñoz (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 247).

possibilidade de coligações, a divisão do tempo é bastante díspar, principalmente nas eleições majoritárias.<sup>1047</sup>

Bernardo Diniz de Ayala acentua a divisão equitativa do tempo de propaganda eleitoral exigida pela Constituição portuguesa.<sup>1048</sup> Enquanto o direito de antena geral e o direito de antena dos partidos de oposição são distribuídos de acordo com a representatividade das agremiações, a propaganda destinada diretamente ao apelo ao voto “deve repousar em tempos de emissão *equitativos*, ou seja, distribuídos em moldes *tendencialmente* iguais pelos vários concorrentes”. O autor justifica essa distinção de critérios afirmando que a representatividade não pode servir de critério para a eleição seguinte, impondo-se que todos os partidos tenham o mesmo tratamento e oportunidades, ao menos juridicamente.<sup>1049</sup>

Não é a mesma análise de Óscar Sánchez Muñoz, para quem a legislação eleitoral não pode tratar de maneira absolutamente igual partidos com representatividade distinta, sob pena de conceder tratamento privilegiado aos cidadãos que decidiram por partidos menores. No entanto, ressalta o autor, essas “*cuotas de visibilidad*” não podem servir para beneficiar os

---

<sup>1047</sup> Apenas para ilustrar a argumentação, veja-se o tempo do horário eleitoral gratuito nas eleições para a Prefeitura de Curitiba em 2008. A Coligação O Trabalho Continua, que buscava a reeleição de Beto Richa, contava com 11 minutos, 46 segundos e 58 centésimos no programa em bloco e mais 1059 inserções (*spots* de 30 segundos veiculados durante a programação normal das emissoras de rádio e televisão distribuídos segundo um mapa de mídia onde se verificam os horários de maior e menor impacto) durante todo o período (de 19 de agosto a 02 de outubro de 2008). A Coligação Curitiba Para Todos tinha 5 minutos, 11 segundos e 26 centésimos por programa e mais 466 inserções. O Partido do Movimento Democrático Brasileiro, que disputou sozinho, tinha à sua disposição 4 minutos, 43 segundos e 19 centésimos além de 424 inserções. Ainda concorreram ao pleito a Coligação Uma Só Curitiba (2’08’’80 e 193 inserções), o Partido Verde e o Partido Comunista do Brasil (ambos com 1’45’’41 e 158 inserções cada um), a Coligação Frente de Esquerda Curitiba (1’22’’02 e 123 inserções) e o Partido Trabalhista do Brasil (1’17’’34 e 116 inserções). Dados obtidos junto à Assessoria de Comunicação Social do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná.

<sup>1048</sup> Artigo 40.º Direitos de antena, de resposta e de réplica política. “1. Os partidos políticos e as organizações sindicais, profissionais e representativas das actividades económicas, bem como outras organizações sociais de âmbito nacional, têm direito, de acordo com a sua relevância e representatividade e segundo critérios objectivos a definir por lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e de televisão. 2. Os partidos políticos representados na Assembleia da República, e que não façam parte do Governo, têm direito, nos termos da lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e televisão, a ratear de acordo com a sua representatividade, bem como o direito de resposta ou de réplica política às declarações políticas do Governo, de duração e relevo iguais aos dos tempos de antena e das declarações do Governo, de iguais direitos gozando, no âmbito da respectiva região, os partidos representados nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas. 3. Nos períodos eleitorais os concorrentes têm direito a tempos de antena, regulares e equitativos, nas estações emissoras de rádio e de televisão de âmbito nacional e regional, nos termos da lei”.

<sup>1049</sup> AYALA, Bernardo Diniz de. O direito de antena eleitoral. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais*: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1, p. 573-653, p. 598-599. O autor aduz que na eleição para Presidente da República (que admite candidaturas independentes embora exija a assinatura de 7500 a 15000 proponentes) a distribuição do tempo é estritamente igualitária e que para a Assembleia da República, leva-se em consideração o número de candidatos apresentados e o número de círculos (distritos) nos quais o partido concorre, levando em consideração, portanto, o peso possível dos partidos na eleição que se aproxima e não na eleição que já passou (p. 599-600).

partidos que já contam com cadeiras no Parlamento e para “invisibilizar” as agremiações menores.<sup>1050</sup>

A divisão do tempo do direito de antena faz parte da esfera de decisão política do legislador. A Constituição, por meio de seus valores e princípios, não estabelece critérios para essa repartição. A liberdade de conformação, no entanto, não é absoluta. As diretrizes estão colocadas e servem de balizas para a verificação da adequação das escolhas legislativas.

O Estado Democrático de Direito, informado pelo princípio do pluralismo, deve assegurar o direito de oposição democrática, como instrumento de crítica e de responsabilização políticas.<sup>1051</sup> O direito de antena não se relaciona apenas a um direito de comunicação do seu titular, mas está intimamente ligado ao pluralismo característico de um Estado democrático e à necessária conscientização para a formação do voto: assim se configura como uma liberdade, um direito e também uma garantia dos valores democráticos.<sup>1052</sup>

Um tempo irrisório para a propaganda eleitoral não permite a promoção das candidaturas e a exposição de idéias (mais necessário no caso de candidatos de agremiações menores). Ofende o princípio da eficácia da propaganda, pois dificilmente consegue provocar uma reflexão política no cidadão e contribuir para o pluralismo político.<sup>1053</sup>

A liberdade de expressão exige o meio para a sua realização, com o acesso aos meios de comunicação e a liberdade de propaganda.<sup>1054</sup> O acesso ao direito de antena deve ser o mais amplo e igualitário possível, para permitir que o direito cumpra suas funções em relação à democracia e ao Direito: instigar o pluralismo, impor o cumprimento da função pública dos órgãos de comunicação social e garantir eleições verdadeiramente democráticas, pois “[n]ão há voto livre sem opinião esclarecida; não se concebe liberdade de escolha sem consciência das alternativas”.<sup>1055</sup>

---

<sup>1050</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 28 e 274-281. Em nome do princípio da igualdade, o autor chega a defender o acesso dos partidos menores a meios mínimos de produção que garantam qualidade dos programas eleitorais (p. 281). No entanto, como a ênfase é na mensagem e nas propostas, e não no visual, uma divisão mais igualitária do tempo já estaria mais adequada ao princípio em tela.

<sup>1051</sup> Conforme Jônatas Machado, referindo-se ao pensamento de Amartya Sen (MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 80).

<sup>1052</sup> AYALA, Bernardo Diniz de. *O direito de antena eleitoral*. Op. cit., p. 583-584 e 587.

<sup>1053</sup> Ibid., p. 602. Uma exceção, bastante curiosa, são as campanhas de Enéas Carneiro. Com 17 segundos de propaganda eleitoral em 1989, um minuto e 17 segundos em 1994 e um minuto em 40 segundos em 1998, e o famoso bordão “Meu nome é Enéas!” o candidato do então Partido da Reconstrução Nacional teve um desempenho nas urnas superior a Leonel Brizola. Em 2002, elegeu-se como o deputado federal mais votado do Brasil, com 1.573.642 votos.

<sup>1054</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 418.

<sup>1055</sup> AYALA, Bernardo Diniz de. *O direito de antena eleitoral*. Op. cit., p. 608-610.

Em relação à imprensa escrita, a legislação brasileira permite propaganda paga. A Lei 12.034/09 proíbe a propaganda na véspera e no dia da eleição. Esse tipo de propaganda, com diferentes valores para os órgãos de imprensa, em razão de seu impacto, além de permitir jornais apenas para fins eleitorais, induz à distinção entre os candidatos em virtude dos recursos para o acesso.

No Direito espanhol, a propaganda paga na imprensa é livre, desde que os gastos eleitorais nessa categoria não ultrapassem vinte por cento do total das despesas de campanha.<sup>1056</sup>

A ênfase das campanhas eleitorais, marcada pelo rádio na década de 1950 e pela televisão das décadas seguintes, com uma sofisticação marcada a partir no final do século XX, quando se incorporou um refinado discurso publicitário às peças, vai cedendo lugar ao uso da internet e das chamadas “mídias sociais”.

Em relação ao uso da internet, e acompanhando Óscar Sánchez Muñoz, é possível separar três categorias de atividades: (a) a que se assemelha à publicidade comercial, como os anúncios e *banners*; (b) atividades de comunicação do candidato ou do partido, como diários pessoais eletrônicos (*blogs*), salas de bate-papo (*chats*) e fóruns de discussão; e (c) atividades de comunicação de terceiros, como páginas pessoais e *blogs*. Para o autor, as primeiras devem se submeter às regras de limitações dos gastos eleitorais, as segundas devem ser livres, mas com a fiscalização dos gastos envolvidos em sua produção e as terceiras seriam assimiláveis a artigos de opinião publicados na imprensa escrita.<sup>1057</sup>

Embora a divisão das atividades seja adequada, a regulamentação dada ao primeiro tipo não parece coerente com o princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral, principalmente quando se trate de página de grupos de comunicação vinculados a emissoras de televisão ou de rádio, da imprensa escrita, de provedores de serviços de acesso à internet ou de portais de entretenimento. Nesses casos o mais adequado seria a proibição da propaganda paga, pois o impacto de *banners* em páginas acessadas não em busca de informações políticas é bastante relevante e a propaganda não é acessível a todos os candidatos em face de seu custo.

---

<sup>1056</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 246.

<sup>1057</sup> Ibid., p. 335-337. O autor critica o “*mito de la ‘libertad’ o ‘democraticidad’ intrínseca de la red*”, afirmando que ainda que na internet haja espaço para todos segue havendo ricos e pobres. O uso da rede para campanhas eleitorais, assinala o autor, não apenas incrementa a visibilidade das opiniões minoritárias como também reforça a das majoritárias (p. 338-339).

Jônatas Machado aponta a distinção entre a recepção ótica e acústica a partir do sofá (*couch-viewing*) e da escrivaninha (*desk-viewing*),<sup>1058</sup> afirmando que com a interatividade “o receptor passa a ser também emissor”, o que caracterizaria a internet como um fórum. Sublinha ainda a redução dos custos de produção e de distribuição de material informativo, permitindo o consumo individualizado do serviço e a pluralização dos fornecedores de informação. Acentua as características da centralidade da autonomia individual, da diversidade de conteúdos e da descentralização de autoridade, com relativa paridade entre emissores e receptores.<sup>1059</sup> Para Luis Felipe Miguel, ao contrário, a absoluta desigualdade entre o emissor, que detém o monopólio da fala, e os receptores, característico dos meios de comunicação de massa, não se debilita na internet.<sup>1060</sup>

A Lei das Eleições, com as alterações promovidas pela Lei 12.034/09, permite a propaganda na internet a partir do dia 05 de julho do ano da eleição. Está autorizada a propaganda na página do candidato e do partido na internet, cujo endereço deve ser informado à Justiça Eleitoral e que deve ser hospedado em provedor brasileiro; por meio de mensagens eletrônicas a endereços cadastrados e por meio de blogs, redes sociais, mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural. Não é permitida a propaganda paga na internet nem a propaganda, ainda que gratuita, em páginas de pessoas jurídicas ou páginas dos órgãos públicos.

O princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral impõe a garantia da neutralidade e do pluralismo na informação política e eleitoral,<sup>1061</sup> opondo-se ao uso

---

<sup>1058</sup> Sobre essa distinção, Jürgen Habermas afirma: “Rádio, cinema e televisão levam gradualmente ao desaparecimento da distância que o leitor precisa guardar ante a letra impressa – uma distância que a privacidade de assimilação tanto solicitava quanto a esfera pública de uma troca de idéias sobre o que havia sido lido acabava possibilitando. Com os novos mídias, modifica-se a forma de comunicação enquanto tal; por isso, no sentido estrito da palavra, atuam de um modo mais penetrante do que a imprensa alguma vez pôde fazê-lo. O comportamento do público, sob a coação do ‘don’t talk back’, assume uma nova configuração. Os programas que os novos mídias emitem, se comparados com comunicações impressas, cortam de um modo peculiar as reações do receptor. Eles cativam o público enquanto ouvinte e espectador, mas ao mesmo tempo tiram-lhe a distância da ‘emancipação’, ou seja, a chance de poder dizer e contradizer. O raciocínio de um público-leitor dá tendencialmente lugar ao ‘intercâmbio de gostos e preferências’ de consumidores – inclusive o falar sobre o consumido, ‘a prova dos conhecimentos do gosto’, torna-se parte do próprio consumo” (HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Op. cit., p. 202). Feita há quase cinquenta anos, a análise não trata da internet e das mídias sociais, que incitam um ‘talk back’, mas absolutamente superficial.

<sup>1059</sup> MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 352-353 e 1105. Para o autor, as restrições à liberdade de expressão na internet devem se dirigir à proteção da infância e da juventude e dos direitos de personalidade. As técnicas de restrição indicadas são a responsabilização dos fornecedores de acesso, a proibição, criminalização e bloqueio da difusão (p. 1109, 115 e 1123).

<sup>1060</sup> MIGUEL, Luís Felipe. *Mídia e opinião pública*. Op. cit., p. 331-341.

<sup>1061</sup> Conforme a expressão de Óscar Sánchez Muñoz (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 255). Fernando Tuesta Soldevilla se refere à

indevido<sup>1062</sup> dos meios de comunicação social. Os meios de comunicação também devem obediência ao princípio da igualdade entre os partidos, que se dirige ao Estado e aos particulares.<sup>1063</sup>

A atuação dos meios de comunicação social, por si só, sem necessariamente ser abusiva, implica a seleção de algumas informações e a decisão de como serão apresentadas. Essa parcialidade influencia, desde logo, a formação da opinião pública e da vontade eleitoral, pela definição de temas políticos e restrição do debate.

Owen Fiss refere-se às redes de comunicação como o novo fórum (“*eletronic street corner*”), além de configurarem sujeitos discursantes. Afirma que a opinião desses sujeitos/espços de debate não é vinculada apenas nas mensagens editoriais, mas em todos os programas, que projetam sua visão de mundo. Sua participação no debate traz elementos e assuntos, mas também os afasta.<sup>1064</sup> Nesse caso, a proteção da liberdade de expressão (compreendida como uma liberdade social) está vinculada à sua atuação no enriquecimento do debate público. Há riscos no controle pelo Estado desses espaços de veiculação de opiniões, pois em face da imposição de severas restrições os meios de comunicação podem evitar participar do debate público, o que o empobrece excessivamente.<sup>1065</sup>

A influência da cobertura da imprensa, com ênfase em aspectos personalistas e escândalos, contribui para o cinismo do eleitorado e para o declínio do engajamento cívico, no momento de campanha eleitoral que deveria servir para que os cidadãos pensassem politicamente, afirmam Susan A. Banducci e Jeffrey A. Karp.<sup>1066</sup>

Jônatas Machado acentua que a liberdade de imprensa é uma garantia substantiva da democracia, ao contribuir para a afirmação de uma opinião pública autônoma. Aduz que a liberdade de radiodifusão se relaciona com a difusão pluralística do poder, mas ressalta a função de interesse público exercida, em face de sua configuração como instrumento decisivo

---

neutralidade informativa dos meios de comunicação (TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. *Campaña electoral*. Op. cit., p. 124).

<sup>1062</sup> Alcides Munhoz da Cunha distingue o “abuso” do “uso indevido”. Enquanto este descreve um ilícito, atentatório aos bens protegidos pelo direito eleitoral e traz como consequências sanções penais ou administrativas, o abuso compreende a exasperação do uso indevido, sua forma qualificada, que traz sanções de natureza política. O abuso não se presume, e para sua caracterização exige-se comprovação da relevância do ato, nexo de causalidade e capacidade de causar vício substancial à disputa eleitoral (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Justiça Eleitoral e autenticidade do sistema representativo*. Op. cit., p. 23-33).

<sup>1063</sup> EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Direito fundamental como oposição política: discordar, fiscalizar e promover alternância política*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 62.

<sup>1064</sup> “*What is said determines what is not said*” (FISS, Owen M. *Free speech and social structure*. Op. cit.). Luís Felipe Miguel também ressalta o papel de formação da agenda pública, do “cardápio” das questões a serem refletidas pelo público, seja nos noticiários seja por programas de entretenimento (MIGUEL, Luís Felipe. *Mídia e opinião pública*. Op. cit., p. 331-341).

<sup>1065</sup> FISS, Owen M. *Free speech and social structure*. Op. cit.

<sup>1066</sup> BANDUCCI, Susan A.; KARP, Jeffrey A. How elections change the way citizens view the political system: campaigns, media effects and electoral outcomes in comparative perspective. *British Journal of Political Science*, Colchester, v. 33, p. 443-467, jul. 2003.

na formação da opinião pública e da vontade política, chamando a atenção para os efeitos de seleção, hierarquização e conformação dos conteúdos publicísticos.<sup>1067</sup> Karl Loewenstein aponta para o perigo que a concentração do poder que forma a opinião pública representa para a liberdade política, afirmando ser inevitável “*cierto control estatal sobre la economia de mercado libre de la opinión pública*”.<sup>1068</sup>

Ressalta Jürgen Habermas que “[m]esmo o jornalismo político deve, como todas as instituições que exercem uma influência privilegiada, de modo demonstrativo ou manipulativo, na esfera pública, por sua vez estar subordinado ao mandamento democrático de ser abertamente público”.<sup>1069</sup>

Cabe, portanto, a intervenção do Estado para assegurar “a existência, integridade e acessibilidade de uma esfera de discurso alargada a todos os domínios do sistema social” fundamentada na inclusividade da comunidade constitucional de diálogo.<sup>1070</sup> Owen Fiss atribui ao Poder Judiciário a competência para verificar a conformidade com os valores constitucionais e afastar o perigo de uma atuação antidemocrática, contraproducente, do Estado. Destaca que a validade do agir do Estado está vinculada aos efeitos no debate público de suas restrições e que os juizes são capazes de preencher a expressão “enriquecimento do debate público” como o são para o termo “autonomia”.<sup>1071</sup>

“Os meios de comunicação social substituem-se ao público na função de manter viva a discussão política”, reduzindo o cidadão a consumidor de opiniões já estabelecidas, quando oferece alternativas.<sup>1072</sup> Sua análise parcial dos fatos, com favorecimento de um dos candidatos na disputa, sem declaração expressa dessa preferência, leva ao desvirtuamento da formação do voto. A atuação dos meios de comunicação, essencial para a garantia da liberdade e para a formação da vontade democrática, não deve ser desprezada em seu aspecto danoso – a possibilidade de manipular e ameaçar a liberdade e transformar a democracia em “telecracia”.<sup>1073</sup>

As restrições legais não são as mesmas para os meios de comunicação. Faz-se uma distinção entre as emissoras de rádio e televisão e a imprensa escrita, que se justifica tanto

---

<sup>1067</sup> MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 505 e 613-619.

<sup>1068</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 421.

<sup>1069</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Op. cit., p. 244-245.

<sup>1070</sup> MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Op. cit., p. 666 e 678-679.

<sup>1071</sup> FISS, Owen M. *Free speech and social structure*. Op. cit.

<sup>1072</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 354-355.

<sup>1073</sup> *Ibid.*, p. 357-358.

pelo regime jurídico aplicado às primeiras e pela liberdade assegurada constitucionalmente à segunda quanto pelo impacto das distintas formas de comunicação no debate político.<sup>1074</sup>

O controle não pode ser puramente “cronométrico”, mas tampouco pode levar a um controle da linha editorial dos meios de comunicação.

## 4.2 A ATUAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS E O USO DO PODER POLÍTICO

Outro aspecto do princípio constitucional da máxima igualdade entre os candidatos é a exigência da absoluta neutralidade dos poderes públicos na campanha eleitoral. No caso do poder político, seu uso já configura abusivo, pois se trata de fator absolutamente irrelevante na disputa eleitoral, que não comporta sequer medidas para compensar a desigualdade entre os candidatos.<sup>1075</sup>

Ressalta Romeu Felipe Bacellar Filho que “a finalidade pública está compreendida no princípio da impessoalidade administrativa” e que a Constituição, no parágrafo 1º do artigo 37,<sup>1076</sup> traz um comando inequívoco de impessoalidade. Para o autor, “[o] administrador que transgrida este preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa”.<sup>1077</sup>

---

<sup>1074</sup> A ministra Ellen Gracie se refere à diferenciação, no julgamento da Medida Cautelar 1.241 em 25 de outubro de 2002 no Tribunal Superior Eleitoral (relator ministro Sepúlveda Pertence): “Os meios que utilizam áudio e vídeo são evazivos da esfera de percepção dos destinatários da informação. É praticamente impossível a qualquer cidadão, em qualquer lar brasileiro estar alheio ao que se divulga pela televisão e pelo rádio. Já o leitor de jornal, por outra parte, toma voluntariamente a deliberação de adquirir e ler um determinado órgão de imprensa. A posição do leitor da imprensa escrita é nitidamente pró-ativa, por isso mesmo a Legislação Eleitoral não se ocupa de sancionar a sua eventual parcialidade”. Inteiro teor disponível na página do Tribunal Superior Eleitoral na internet: [www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br) - Acesso em 26 de dezembro de 2009.

<sup>1075</sup> Conforme SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 281 e seguintes. O autor ressalta que estão incluídas na proibição as campanhas de incentivo ao voto promovidas pelos poderes públicos: “*la campaña institucional, para ser compatible con el principio de libertad de la emisión del voto, debe estar dirigida únicamente a combatir la abstención de carácter técnico, que puede tener su origen, entre otros motivos, en la falta de información, pero en ningún caso a combatir la abstención basada en motivos políticos, que constituye una postura política legítima amparada por la Constitución*” (p. 288). No Brasil, o Tribunal Superior Eleitoral desde 1994 faz campanhas institucionais. Neste primeiro ano, as peças publicitárias buscam apenas explicar a votação em duas cédulas. Nas eleições seguintes, com a adoção da urna eletrônica, a campanha se destina a demonstrar a nova forma de votação, mote que se fortalece nos pleitos de 1998 e 2000. Nessa última eleição, a campanha institucional traz a Família Bandeira, que discute questões relacionadas à cidadania e de participação política. A partir de 2002, o Tribunal Superior Eleitoral adota o slogan “Vota Brasil”, mantido até hoje, com um forte conteúdo político e que prega o voto consciente.

<sup>1076</sup> Art. 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

<sup>1077</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 34-35.

O legislador brasileiro, em obediência ao princípio da igualdade na disputa, corolário das exigências democráticas e republicanas do jogo democrático, e aos princípios da Administração Pública, adota um conjunto de restrições aos detentores de funções e cargos públicos. Trata-se, na visão de Fávila Ribeiro, “inegavelmente de uma decapitação da capacidade governamental”, justificada pela necessidade de obstar a utilização do poder público para beneficiar determinado candidato.<sup>1078</sup>

Para Francisco de Assis Vieira Sanseverino, as condutas vedadas previstas no artigo 73 da Lei 9.504/97 são uma espécie do gênero abuso de poder político.<sup>1079</sup> Na realidade, o simples uso do poder político é vedado na disputa eleitoral – uma conduta singular em benefício de um candidato (ou em prejuízo de outro) determina, por si só, o desvio de finalidade.

A legislação eleitoral, conforme sua leitura pela jurisprudência, faz uma distinção entre a atuação vedada e o abuso. Para a configuração do abuso – que tem como sanção a inelegibilidade – exige-se potencialidade para alterar o resultado da eleição e assim comprometer a normalidade e legitimidade do pleito.

As condutas vedadas pelos artigos 73 e 75 da Lei 9.504/97 presumem-se tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos: não há que se perquirir a respeito da intenção do agente público.<sup>1080</sup>

Agirá de maneira vedada, desequilibrando indevidamente a disputa eleitoral, o agente público que (I) ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária (com exceção do uso, em campanha, de transporte oficial pelo Presidente da República, desde que o gasto seja ressarcido pelo partido ou coligação, bem como o uso, em campanha, pelos candidatos a reeleição de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito, de suas residências oficiais para realização de contatos, encontros e reuniões pertinentes à própria campanha, desde que não tenham caráter de ato público); (II) usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas

---

<sup>1078</sup> RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Op. cit., p. 282.

<sup>1079</sup> SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos*. Op. cit., p. 43.

<sup>1080</sup> Assim a ementa do Acórdão 24862 do Tribunal Superior Eleitoral: “Para a caracterização de violação ao art. 73 da Lei nº 9.504/97, não se cogita de potencialidade para influir no resultado do pleito. A só prática da conduta vedada estabelece presunção objetiva da desigualdade”. Relator designado: Luiz Carlos Lopes Madeira, decisão por maioria em 09 de junho de 2005.

consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;<sup>1081</sup> (III) ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado; (IV) fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público; (V) nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários; (VI) nos três meses que antecedem o pleito: a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública; e, em relação aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa: b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;<sup>1082</sup> e c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo; (VII)

---

<sup>1081</sup> Esclarece Francisco de Assis Vieira Sanseverino que o excesso não é apenas quantitativo, mas também qualitativo – ou seja, quando o conteúdo extrapola as prerrogativas (SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos*. Op. cit., p. 71-72).

<sup>1082</sup> O Tribunal Superior Eleitoral tem se inclinado pela exigência de prova do ato de autorização da veiculação de publicidade institucional para a responsabilização do agente (acórdãos 25.073, 25.120 e 5.565).

realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição; (VIII) fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo para a realização das convenções partidárias e até a posse dos eleitos; e (IX) realizar inaugurações com shows artísticos pagos com recursos públicos nos três meses que antecedem as eleições.<sup>1083</sup>

As sanções estabelecidas são a suspensão imediata da conduta e multa ao agente. Além disso, o candidato beneficiado pela cessão ou uso de bens públicos, pelo uso de materiais ou serviços custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, pela cessão de servidor público ou empregado da administração direta ou indireta ou pelo uso de seus serviços, pelo uso promocional de distribuição gratuita de bens e serviços custeados ou subvencionados pelo Poder Público e pela realização de transferência voluntária de recursos, pela publicidade institucional vedada e por pronunciamento não autorizado em cadeia de rádio e televisão estará sujeito à cassação do registro ou diploma. Não se exige contribuição ou anuência: basta a comprovação do nexo de causalidade.

Ressalte-se que as exceções referidas pela lei dão vantagens aos titulares de cargos públicos, como o uso de transporte oficial (ainda que se imponha o ressarcimento), o uso de residências oficiais<sup>1084</sup> e o uso de materiais e serviços que não “excedam as prerrogativas”. No entanto, a legislação traz uma série de restrições, além de expressamente adotar um conceito amplo de agente público.<sup>1085</sup>

As sanções referidas às condutas descritas como infrações eleitorais não afastam outras penas quando também se reflitam em atos de improbidade administrativa, crimes ou infrações disciplinares.<sup>1086</sup>

---

<sup>1083</sup> Para essa última hipótese, constante no artigo 75 da Lei 9504/97, não há sanção específica. Para Francisco de Assis Vieira Sanseverino, para dar eficácia jurídica ao comando, deve-se considerar sua infração recebimento de doação estimável em dinheiro de fonte vedada (órgão da Administração Pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público – artigo 24, II da Lei 9504/97), o que configura abuso de poder econômico (SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais*: condutas vedadas aos agentes públicos. Op. cit., p. 142).

<sup>1084</sup> Ambas são objeto de ação direta de inconstitucionalidade (1805-1), ainda sem decisão final.

<sup>1085</sup> Dispõe o parágrafo primeiro do artigo 73 da Lei 9504/97: “Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional”.

<sup>1086</sup> Francisco de Assis Vieira Sanseverino aponta elementos para reduzir a subjetividade do julgador na aplicação das sanções referentes às condutas vedadas aos agentes públicos, referindo-se à adoção como “critério

A questão da publicidade institucional, inserida nas vedações expressas, talvez seja uma das mais controversas na linha entre o Direito Administrativo e o Direito Eleitoral. Sua regulamentação se constitui de dispositivos constitucionais – com a previsão do princípio da publicidade (*caput* do artigo 37), a configuração do conteúdo da publicidade institucional, necessariamente de caráter educativo, informativo ou de orientação social (artigo 37 §1º),<sup>1087</sup> cujo desrespeito configura abuso de autoridade, segundo a Lei das Eleições (artigo 74)<sup>1088</sup> –, de restrição imposta pela Lei 9.504/97 nos três meses que antecedem a eleição (artigo 73, VI, b)<sup>1089</sup> e em relação ao montante de gastos (artigo 73, VII) e pelo Decreto 6.555/08, que afirma os objetivos e indica as diretrizes das ações de comunicação do Poder Executivo Federal. Não há no Brasil uma lei específica sobre a publicidade institucional.<sup>1090</sup>

Há grande dificuldade em traçar o limite entre o cumprimento do princípio da publicidade e a promoção pessoal do agente público, que possivelmente buscará outro mandato. Essa questão, central nas democracias contemporâneas, agrava-se quando se permite a reeleição dos chefes do Poder Executivo.<sup>1091</sup>

Lauro Barreto chama a atenção para a impossibilidade de se caracterizar, de plano, a propaganda governamental como propaganda política, apesar de sua grande influência na esfera política. Essa interferência no debate público se faz com a proteção da imposição constitucional, o que dificulta ainda a repressão de sua utilização indevida.<sup>1092</sup>

---

objetivo de avaliação a questão da ofensa à igualdade de oportunidades entre os candidatos nas campanhas eleitorais” e a possibilidade de reexame por outro órgão da Justiça Eleitoral (SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos*. Op. cit., p. 160).

<sup>1087</sup> § 1º - “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

<sup>1088</sup> Art. 74. “Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura.” Esse dispositivo da Lei Eleitoral, adverte Francisco de Assis Vieira Sanseverino, atinge apenas os atos realizados durante a campanha eleitoral (SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos*. Op. cit., p. 138).

<sup>1089</sup> Desde 1990, a legislação eleitoral francesa proíbe campanhas promocionais sobre gestões públicas nos seis meses anteriores à eleição, conforme SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Op. cit., p. 304.

<sup>1090</sup> Óscar Sánchez Muñoz aponta a Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional como reguladora, junto com a lei eleitoral, como reguladoras da matéria na Espanha (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *Ibid.*, p. 287).

<sup>1091</sup> E não apenas no Brasil. Cesar Montufar fala desde o Equador: “*Los canales de información oficial hacia la ciudadanía se limitan casi exclusivamente a la promoción que las autoridades e instituciones hacen de su propia gestión. En muchas ocasiones, esta información está destinada a apuntar los procesos electorales en que muchas autoridades buscan reelegirse*” (MONTUFAR, Cesar. *Antipolítica, representación y participación ciudadana*. *Ecuador Debate*, Quito, n. 62, ago. 2004. Disponível em: [www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm](http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm). Acesso em: 03 mar. 2009).

<sup>1092</sup> BARRETO, Lauro. *Manual de propaganda eleitoral*. Op. cit., p. 21.

A publicidade institucional, ressalta Óscar Sánchez Muñoz, é um elemento perturbador da vida política, que pressupõe o risco de que se converta em um instrumento de propaganda política e a possibilidade de controle pelo governo dos meios de comunicação por intermédio dos contratos de publicidade.<sup>1093</sup> No entanto, não é possível afastá-la, em face da necessidade republicana e democrática de transparência e de prestação de contas.<sup>1094</sup>

A Constituição, em seu artigo 37 §1º, impõe que “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

Há uma discussão doutrinária sobre o cabimento de ação de impugnação de mandato eletivo baseada em abuso de poder político, em face da inexistência de previsão constitucional.<sup>1095</sup> Pedro Henrique Távora Niess afirma sua impossibilidade,<sup>1096</sup> assim como Pádua Lopes.<sup>1097</sup> Para Alcides Munhoz da Cunha, as demais formas de abuso podem ser reduzidas ao uso indevido do poder econômico, como “especificação ou variante do uso indevido ou do abuso de poder econômico”, pois refletem “uma expressão pecuniária, econômica”.<sup>1098</sup> No mesmo sentido, Lauro Barreto, afirmando que a hipótese de abuso de poder econômico inclui as outras modalidades de abuso.<sup>1099</sup>

O Tribunal Superior Eleitoral afirma que o abuso deve estar relacionado com abuso de poder econômico ou corrupção.<sup>1100</sup> Cabe ao proponente o ônus argumentativo de relacionar o abuso de poder político às hipóteses previstas na Constituição.

---

<sup>1093</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 285. Para o autor, as campanhas institucionais servem para alcançar uma maior identificação dos cidadãos com suas instituições (p. 295).

<sup>1094</sup> Óscar Sánchez Muñoz faz referência a uma decisão do Tribunal Constitucional alemão que indica um “mandato de especial discricção ou cautela” em relação à publicidade institucional no período pré-eleitoral (BVerfGE 63, 230 (244)) (Ibid., p. 297).

<sup>1095</sup> Art. 14 “§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.”

<sup>1096</sup> NIESS, Pedro Henrique Távora. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Bauru: Edipro, 1996, p. 15.

<sup>1097</sup> PÁDUA LOPES. Impugnação de mandato: considerações sobre a ação não regulamentada. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 95, p. 168-178, jul./set. 1990, p. 176.

<sup>1098</sup> CUNHA, Alcides Munhoz da. *Justiça Eleitoral e autenticidade do sistema representativo*. Op. cit., p. 23-33.

<sup>1099</sup> BARRETO, Lauro. *Investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo*. Bauru: Edipro, 1999, p. 74.

<sup>1100</sup> Recurso especial eleitoral 28581. Relator Min. Félix Fisher, julgado em 21 de agosto de 2008. Ementa: Eleições 2004. Recurso especial eleitoral. Preclusão. Não-ocorrência. Ação de impugnação de mandato eletivo. Causa de pedir. Captação ilícita de sufrágio. Abuso de poder político e econômico. Julgamento extra petita. Não-ocorrência. Conduta. Subsídio de contas de água. Prefeito. Abuso de poder econômico mediante utilização de recursos públicos. Cabimento da AIME. Potencialidade demonstrada.

#### 4.3 O CONTROLE DO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS E O ABUSO DO PODER ECONÔMICO

A questão da influência do poder econômico, fator relativamente irrelevante na disputa eleitoral, mostra-se um problema ainda não resolvido nas democracias.<sup>1101</sup> Se o uso do poder econômico não é afastado pela legislação eleitoral, o seu abuso macula a legitimidade da disputa e agrega influências indevidas à representação.<sup>1102</sup>

Pedro Henrique de Távora Niess aduz que a interferência do poder econômico no pleito não é condenada pelo ordenamento jurídico: “é lícito, tanto que é regulado”. O que é coibido é a má influência, sua intervenção excessiva, capaz de afetar a normalidade e a legitimidade da eleição.<sup>1103</sup>

Os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado que desempenham importante função pública na democracia brasileira. Pelo desenho constitucional, detêm o monopólio para a apresentação de candidatos a cargos eletivos, a partir de uma seleção em seus próprios quadros, e são destinatários de garantias e vedações fixadas constitucionalmente.

A existência de financiamento público para os partidos – uma das garantias constitucionais – mostra-se legítima a partir dessa conformação constitucional.<sup>1104</sup> Esse direito a prestações do Estado, ao lado do direito de antena, justifica-se em face da impossibilidade da manutenção dos partidos apenas com as contribuições dos militantes e da inconveniência

---

<sup>1101</sup> Para Luciano Cânfora, “é impróprio definir como ‘democracia’ um sistema político no qual o voto é mercadoria no mercado político, e a admissão ao Parlamento requer um ‘dispêndio’ eleitoral fortíssimo por parte do aspirante a ‘representante popular’. Esse aspecto entristecedor (mais ainda no plano ético do que no democrático) e fundamental do sistema parlamentar permanece, em grande parte, obscuro. Contudo, é o pilar básico do sistema. A camada política representa tendencialmente as classes médio-altas e abastadas. Mas é considerado antiparlamentar afirmar abertamente essa verdade de imediata evidência” (CÂNFORA, Luciano. *Crítica da retórica democrática*. Tradução: Valéria Silva. São Paulo: Estação Liberdade, 2007 [2002], p. 31).

<sup>1102</sup> Como Gilberto Amado aponta, na década de 30: “A pressão das forças econômicas é de tal ordem intensa em nossos dias que o entrechoque em que elas vivem há de refletir-se forçosamente no seio da representação nacional” (AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999 [1931], p. 13).

<sup>1103</sup> NIESS, Pedro Henrique Távora. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Op. cit., p. 24. A influência do poder econômico na disputa eleitoral macula a vontade popular, “gerando mandatários descomprometidos com os destinos da sociedade, servidores de interesses inconfessáveis de grandes corporações econômicas e engajados na perpetuação do poder de castas oligárquicas”, conforme Marcus Vinicius Furtado Coêlho (COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Eleições*. Abuso de poder. Op. cit., p. 38).

<sup>1104</sup> Para José Joaquim Gomes Canotilho é legítimo o aporte de dinheiro público para o financiamento das campanhas eleitorais; no entanto, “[d]e acordo com a caracterização dos partidos – associações privadas com estatuto subjectivo de liberdade interna e externa e organizações independentes do Estado, livremente concorrentes –, é questionável a transformação em *tarefa do Estado* o financiamento da actividade partidária”. O autor também ressalta a dificuldade de determinação de critérios para a distribuição dos fundos públicos (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 311 e 313).

de sua dependência financeira de fontes privadas, o que pode permitir que interesses particulares influenciem sua atuação.<sup>1105</sup>

Pinto Ferreira defende o financiamento dos partidos pelo fundo partidário para garantir sustentação às agremiações partidárias e “vedar a arrecadação de dinheiro em fontes inidôneas, o que é comum no Brasil, com os ‘banqueiros de bicho’, ‘caixinhas’, ‘lideranças ricas’, permitindo a formação de oligarquias dominantes”.<sup>1106</sup>

A divisão do fundo partidário não pode configurar uma cláusula de diferenciação ou um “prêmio ao poder” e “uma tentativa camuflada da redução externa partidária e do próprio espectro político”.<sup>1107</sup> Há de ser feita sob critérios razoáveis, de preferência estabelecidos pela representação política, sem ofensa ao princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral e ao princípio constitucional da necessária participação das minorias nas instituições políticas e no debate público.

Uma proposta para libertar os partidos e os candidatos das amarras do poder econômico, constante na eterna reforma política, é o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais. A ideia é aumentar o aporte financeiro da União e possibilitar que a disputa eleitoral se realize apenas com dinheiro público.

Além de exigir uma fiscalização bastante acurada, sob pena de sua inocuidade, a adoção do financiamento público exclusivo, com a distribuição de recursos vinculada ao desempenho eleitoral ou à representatividade parlamentar, ofende o direito de oposição, ao impedir – na prática – a obtenção de representação pelos partidos menores.

Interessante ressaltar que Carlos Santiago Nino analisa a questão de um ponto de vista diametralmente oposto. Constatando que os custos elevados de uma campanha afastam candidatos sem ligação com poderosos interesses privados ou grupos de interesse, o que leva ao afastamento de uma cidadania, propõe a proibição absoluta de financiamento privado, combinado com o acesso obrigatório aos meios de comunicação.<sup>1108</sup>

---

<sup>1105</sup> Essas observações são apontadas por Manuel García-Pelayo, que também trata da divisão dos recursos públicos: “*Los partidos son formal y abstractamente iguales, pero tienen distinta magnitud y presencia en la vida política en razón de lo cual el principio de igualdad tiende a combinarse o, más bien, a configurarse en el de la proporcionalidad entre las prestaciones recibidas (cantidades de dinero y tiempo en los medios de comunicación social) y el número de sufragios obtenidos o de representantes elegidos en las últimas elecciones, lo que es signo de su representatividad, y con ello, de la cuota de su participación en la dirección política del Estado, sea en el ejercicio del Gobierno, sea en el de la oposición*” (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Op. cit., p. 66-67). O autor, no entanto, não se dedica às formas e possibilidades de divisão dos recursos entre os partidos.

<sup>1106</sup> PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 175-176.

<sup>1107</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 312-313.

<sup>1108</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op. cit., p. 228.

A proposta apresentada não faz referência à distribuição entre os partidos ou candidatos dos recursos públicos ou do tempo nos meios de comunicação para a divulgação das candidaturas e das propostas. A distribuição pela representatividade, como já visto, não corresponde ao desenho constitucional democrático. A igual distribuição, no entanto, dificilmente alcançaria um consenso entre os partidos e os parlamentares, embora corresponda à noção de igualdade como nivelamento, exigida na participação do processo democrático para maximizar sua qualidade epistêmica na visão de Carlos Santiago Nino.<sup>1109</sup>

Ainda que compreendida como realização da igualdade exigida para a efetivação da democracia deliberativa e de sua capacidade epistêmica, a vedação absoluta ao financiamento privado contrasta com a autonomia pessoal.

Parece que a questão deve se concentrar no controle dos recursos e na identificação de sua origem.

Nas democracias de massa, a exigência de recursos financeiros para a realização de propaganda surge como um forte elemento de desigualdade.<sup>1110</sup> Assim, o controle de financiamento de campanhas se justifica a partir do comando constitucional de máxima igualdade entre os candidatos.<sup>1111</sup> A atuação do Estado na regulamentação das contribuições e dos gastos tem razões igualitárias: as restrições se justificam pela demanda de grupos concentrada na “oportunidade plena e equitativa para participar no debate público”, relacionada, portanto, à sua liberdade de expressão.<sup>1112</sup>

Reinhold Zippelius se preocupa com a dependência dos partidos de interesses que possam anuviar sua atuação em defesa do bem comum, ressaltando a necessidade de publicidade dos debates parlamentares, inclusive nas comissões, das motivações das leis e da atuação dos grupos de interesses. Indica forte inquietação principalmente com a questão do financiamento das agremiações partidárias, afirmando a problemática aceitação de donativos privados e a insuficiência das contribuições dos filiados. Apresenta a possibilidade de financiamento complementar dos partidos pelo Estado, mas sem isso implique a influência do

---

<sup>1109</sup> Ibid., p. 93.

<sup>1110</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 343.

<sup>1111</sup> Para Óscar Sánchez Muñoz, o Direito Eleitoral deve contemplar mecanismos para evitar que o “dinheiro vote” (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 174). Maurice Duverger, no entanto, afirma que “as democracias ocidentais são ‘plutodemocracias’, onde o poder real assenta ao mesmo tempo no povo, na eleição e no dinheiro” e que há uma parte de autocracia nas democracias liberais, relacionada ao poder econômico, à burocracia e à seleção de representantes pelos partidos (DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos*: Instituições Políticas e Direito Constitucional – I. Tradução: Fernando Ruivo e Fernando Augusto Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1985 [1980], p. 57 e 69-71).

<sup>1112</sup> Ressalta Owen Fiss (FISS, Owen M. *Free speech and social structure*. Op.cit.). O autor ressalta ainda que os gastos de campanha devem ser restringidos para garantir que todas as vozes sejam ouvidas no debate político.

Estado nos partidos, o que pode ser assegurado pela distribuição de fundos na proporção dos votos recebidos, embora isso leve à consolidação de uma maioria já constituída. E defende a proibição de “donativos aos quais se associem notoriamente influências indesejáveis”, como os provenientes de poderes externos e os concedidos “na expectativa de obter uma determinada vantagem económica ou política”. Acentua, ainda, a necessidade de transparência no financiamento dos partidos.<sup>1113</sup>

Lauro Barreto questiona a substituição da proibição absoluta de contribuições para a campanha eleitoral, com exceção do fundo partidário e da colaboração de militantes e filiados (prevista no artigo 91 da Lei 5.682/71), pela ampla liberação da participação do empresariado no financiamento da disputa: “Escancarou-se (...) a preponderância da moeda sobre as idéias e propostas no processo eleitoral”.<sup>1114</sup>

A questão do financiamento das campanhas eleitorais se refere também à configuração livre do mandato representativo, ao impor a atuação imparcial do agente público, livre de vinculações a interesses individuais.

Mas sua relação mais íntima é com o princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral, em razão da qual, para Óscar Sánchez Muñoz, sempre a partir do ordenamento jurídico espanhol, impõem-se medidas negativas e medidas positivas. As medidas positivas se relacionam com a limitação de gastos e de ingressos, com uma regulamentação rígida sobre a arrecadação e a aplicação de recursos, a partir da delimitação legal da campanha, da limitação absoluta dos gastos eleitorais com o estabelecimento de um teto máximo de gastos, das limitações específicas de determinados tipos de gastos eleitorais e em relação aos ingressos, com a delimitação sobre a legalidade de doações de pessoas jurídicas e estrangeiras e com a exigência de publicidade dos montantes doados e dos doadores.<sup>1115</sup>

Na questão das doações das pessoas jurídicas, ressalta Óscar Sánchez Muñoz, duas opções se colocam. A primeira delas é a do modelo liberal de transparência, em que as doações são livres, mas há necessariamente que se dar publicidade da origem dos recursos. É o modelo adotado na Alemanha e no Reino Unido<sup>1116</sup> e sua eficácia depende da sua fiscalização. A outra opção se refere ao modelo de financiamento cidadão, em que as doações

---

<sup>1113</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 327-328.

<sup>1114</sup> BARRETO, Lauro. *Escrúpulo e poder: o abuso de poder nas eleições brasileiras*. Op. cit., p. 80.

<sup>1115</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 180-220.

<sup>1116</sup> Onde durante a campanha eleitoral se exige, segundo o autor, a publicização semanal dos recursos arrecadados (Ibid., p. 204, nr 56).

das pessoas jurídicas são vedadas. A contribuição para uma campanha é vista como uma faceta do direito de participação política, inexistente na esfera das pessoas jurídicas.<sup>1117</sup>

O legislador brasileiro trata das doações de pessoas jurídicas nas disposições transitórias da Lei 9.504/97, em seu artigo 81, em evidente titubeio, com a sua admissibilidade até o limite de dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição. Não parece haver problema com essa permissão – desde que sejam observados os princípios da Administração Pública quando da relação dessas pessoas jurídicas com os mandatários que tiveram suas campanhas financiadas por elas.

O financiamento público dos partidos políticos, assinala Óscar Sánchez Muñoz, é uma medida positiva imposta pelo princípio da igualdade entre os candidatos. A subvenção estatal, direta e indireta, às agremiações partidárias justifica-se pelas funções que elas cumprem na democracia e pela conveniência de mantê-las fora de uma relação de absoluta dependência de fontes de financiamento. Para que o financiamento público seja coerente com o princípio da igualdade, ele deve se revestir de uma finalidade compensatória, destinada a reequilibrar a diferente distribuição de um fator que é tomado como irrelevante (e que, portanto, deve ser neutralizado) na disputa eleitoral – o poder econômico.<sup>1118</sup>

A partir dessas considerações, resta inconcebível que a distribuição do financiamento público – no caso brasileiro, das cotas do fundo partidário<sup>1119</sup> – seja realizada de maneira a permitir uma acentuação das diferentes capacidades econômicas das agremiações partidárias. Seria ainda mais grave para a democracia pluralista brasileira a adoção do financiamento público exclusivo com critérios excludentes – ou exterminadores – de divisão.<sup>1120</sup>

---

<sup>1117</sup> Ibid., p. 203-206.

<sup>1118</sup> Ibid., p. 221-226.

<sup>1119</sup> O “Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos” é formado por multas eleitorais, recursos destinados por lei, doações de pessoas físicas e jurídicas e dotações orçamentárias da União. Sua divisão originalmente prevista na Lei 9.504/97 (1% por igual a todos os partidos e 99% na proporção dos votos recebidos na última eleição para a Câmara de Deputados apenas para os partidos que houvessem superado o desempenho de cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles) foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Depois de um período em que a divisão foi definida pela Resolução 22.506/07 do Tribunal Superior Eleitoral (29% na proporção da representação, 29% pros partidos com representação em duas eleições em no mínimo cinco estados, alcançados 1% dos votos, na proporção dos votos e 42% por igual aos partidos registrados), a divisão passou a ser 5% em partes iguais a todos os partidos e 95% na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. O fundo partidário está disciplinado pelos artigos 38 a 44 da Lei 9504/97.

<sup>1120</sup> Óscar Sánchez Muñoz assim se pronuncia a respeito da legislação espanhola, que leva em consideração na divisão das subvenções públicas o número de cadeiras obtidas e não o número de votos: “... *los criterios de la LOREG [Ley Orgánica del Régimen Electoral General, 5/1985], lejos de configurar un sistema de financiación pública destinado a compensar las diferencias de facto existentes entre los partidos en cuanto a recursos económicos, contribuyendo a optimizar la visibilidad de las distintas opciones políticas por el electorado, producen justamente el efecto contrario, pues benefician desproporcionadamente a los grandes partidos, que son los que más facilidades tienen para acceder a la financiación privada, y penalizan a los pequeños, lo que en definitiva redundaría en la petrificación del sistema de partidos, sin apenas posibilidades para que nuevas*

Em relação às regras do financiamento de campanhas, a jurisprudência brasileira tende a desconsiderar “erros formais” e passa até a desconsiderar determinadas punições por não as considerar “proporcionais”. Assim se dá com a aplicação do artigo 30A da Lei 9.504/97,<sup>1121</sup> caso em que o Tribunal Superior Eleitoral deixa de aplicar a sanção por considerá-la inadequada a alguns casos de descumprimento da legislação eleitoral.<sup>1122</sup>

Vale ressaltar, aqui, a lição de W. J. M. Mackenzie, para quem “*es más fácil perseguir por razón de inobservancias técnicas que por delitos sustantivos*” e como a legislação eleitoral tem exigências formais, “*tan solo se necesita probar la sencilla proposición de que el dinero se ha gastado, no la obscura proposición de que se haya hecho de él un uso inmoral*”. Assim, “*la vigilancia y control por las autoridades públicas o por los partidos entre si se simplifican muchísimo*”.<sup>1123</sup>

Similar é a opinião de Pedro Henrique de Távora Niess, que defende a punição de toda irregularidade, pois “derive do método mais simples e tradicional ou da técnica mais sofisticada e moderna, caracteriza a utilização do poder econômico de forma abusiva, porque investe contra o equilíbrio possível do certame eleitoral”.<sup>1124</sup> No mesmo sentido, ainda ressalta-se o posicionamento de José Antonio Fichter, para quem o uso de quantia além do permitido revela a ilegitimidade e impõe a desconstituição do mandato, não sendo necessário demonstrar a sua influência para a obtenção da vitória nas urnas.<sup>1125</sup>

Em virtude da leitura jurisprudencial, no entanto, exige-se o abuso do poder econômico para a imposição das sanções mais graves. A potencialidade de alterar o resultado da eleição torna-se elemento para a cominação da cassação de registro e da pena de inelegibilidade.

---

*opciones puedan poner en peligro el statu quo existente*” (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Op. cit., p. 230).

<sup>1121</sup> Art. 30-A. “Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de setembro de 2009). § 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, no que couber. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006). § 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.” (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006).

<sup>1122</sup> Assim no Recurso Ordinário 1450, relatado pelo ministro Felix Fischer e julgado em 4 de agosto de 2009: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO. OMISSÃO. IRREGULARIDADES NA ARRECADAÇÃO E GASTOS DE RECURSOS DE CAMPANHA. SANÇÃO APLICÁVEL. NEGATIVA DE OUTORGA DO DIPLOMA OU SUA CASSAÇÃO. ART. 30-A, § 2º. PROPORCIONALIDADE. PRETENSÃO. REDISCUSSÃO DA CAUSA. REJEIÇÃO. 1. Para incidência do art. 30-A da Lei nº 9.504/97, necessária prova da proporcionalidade (relevância jurídica) do ilícito praticado pelo candidato. Nestes termos, a sanção de negativa de outorga do diploma ou de sua cassação (§ 2º do art. 30-A) deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido.

<sup>1123</sup> MACKENZIE, W. J. M. *Elecciones libres*. Madrid: Tecnos, 1962 [1958], p. 169.

<sup>1124</sup> NIESS, Pedro Henrique Távora. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Op. cit., p. 103

<sup>1125</sup> FICHTNER, José Antonio. *Impugnação de mandato eletivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 120.

Para a apuração e punição do abuso de poder econômico, são previstas as ações de investigação judicial eleitoral e de impugnação de mandato eletivo, bem como o recurso contra a diplomação. A previsão dos casos de abuso e de instrumentos processuais, no entanto, não encontra efetividade na esfera política capaz de garantir, ao mesmo tempo, a igualdade na disputa eleitoral e a autenticidade na formação do voto, em face da fragilidade da legislação, dos critérios do Tribunal Superior Eleitoral e da engenhosidade humana.

## 5 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ESPECÍFICA EM MATÉRIA ELEITORAL

A legalidade específica, absoluta ou estrita, alcança determinados ramos do Direito, como o Direito Penal, o Direito Tributário, o Direito Administrativo e o Direito Eleitoral, relacionados intimamente com o núcleo essencial de direitos fundamentais. Nesses casos, a Constituição permite a regulação do exercício dos direitos e a imposições de deveres apenas por lei formal votada pelo Parlamento, com a participação da representação política em um espaço deliberativo plural e público.

O desenvolvimento deste princípio se relaciona diretamente com a competência da Justiça Eleitoral e com sua função na verificação de poderes. As regras do jogo eleitoral, esqueleto do regime democrático, devem necessariamente se originar do Parlamento, e de um Parlamento formado a partir da representação das forças sociais. No Brasil não tem sido assim. A Justiça Eleitoral, com a conivência do Supremo Tribunal Federal ou a partir do seu impulso, inova em matéria eleitoral, a partir de uma autorreconhecida “competência normativa”.

A Justiça Eleitoral reúne um feixe de atribuições, com competência administrativa e jurisdicional.<sup>1126</sup> Sob a primeira, organiza as eleições, divide as zonas eleitorais, alista eleitores, registra os partidos e fiscaliza suas finanças, processa e apura os votos, proclama o resultado dos pleitos, expede diplomas e instruções. Em sua competência jurisdicional estão incluídos o processamento e o julgamento dos feitos eleitorais, relacionados ao registro de candidatos, à propaganda eleitoral e ao direito de resposta, à prestação de contas de campanhas, às investigações eleitorais, à impugnação de mandato eletivo e à impugnação à diplomação.<sup>1127</sup> Sob a denominação de competência normativa resta a elaboração dos regimentos internos dos tribunais.

---

<sup>1126</sup> Para Torquato Jardim, a Justiça Eleitoral atua com competência jurisdicional “propriamente dita”, em jurisdição voluntária, de natureza administrativa e de natureza regulamentar (JARDIM, Torquato. Processo e Justiça Eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, local, n. 119, p. 25-46, jul./set. 1993, p. 25-46, p. 26). Ver também sobre o assunto, GOMES, Suzana de Camargo. *A Justiça Eleitoral e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

<sup>1127</sup> Não se inclui aqui a competência para a decretação de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa nem para o reconhecimento de justa causa para a desfiliação partidária por se tratarem de ações derivadas de uma Resolução do Tribunal Superior Eleitoral que ofende formal e materialmente a Constituição.

Não existe um poder legislativo da Justiça Eleitoral,<sup>1128</sup> ao lado de suas competências jurisdicional e administrativa. A Constituição não o reconhece. Não acolhe sequer seu poder regulamentar, o que invalida até mesmo essa competência.<sup>1129</sup> A competência para a expedição de normas gerais e abstratas, ainda que secundárias, deve ter sede constitucional.

O texto constitucional prevê competência privativa do Presidente da República para “expedir decretos e regulamentos” para a fiel execução das leis e dispor mediante decreto sobre a organização da administração federal, com os limites estabelecidos pela Constituição (artigo 84, IV e VI),<sup>1130</sup> a expedição de “instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos” como competência dos Ministros de Estado (artigo 87, parágrafo único, II). Resoluções são previstas nas competências do Congresso Nacional e do Senado Federal (artigos 59, VII, 68, § 2º e 155) e a competência da Justiça do Trabalho para estabelecer normas em dissídios coletivos (art. 114, § 2º). E, por força da Emenda Constitucional 45/04, reconhece a competência do Conselho Nacional de Justiça para expedir atos regulamentares (artigo 103-B, §4º, I).

A Constituição se refere à produção de normas jurídicas para além do processo legislativo em relação à Justiça do Trabalho e ao Conselho Nacional de Justiça.

No parágrafo segundo do artigo 114, a Constituição prevê a competência da Justiça do Trabalho para, em dissídio coletivo, “estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas da proteção ao trabalho”. Clèmerson Merlin

---

<sup>1128</sup> A Constituição anterior reconhecia competência legislativa à Justiça Eleitoral (art. 137. A lei estabelecerá a competência dos juízes e Tribunais Eleitorais, incluindo entre as suas atribuições: II - a divisão eleitoral do País; IV - a fixação das datas das eleições, quando não determinadas por disposição constitucional ou legal), mas não a Constituição atual, como aponta Clèmerson Merlin Clève (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 81-82).

<sup>1129</sup> Para José Joaquim Gomes Canotilho o poder regulamentar deve ter um fundamento jurídico-constitucional: “O poder regulamentar configura-se, pois, como um poder *constitucionalmente fundado* e não como poder *criado por lei*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 773-774).

<sup>1130</sup> As agências reguladoras possuem poder regulamentar a partir da delegação, por lei, do Poder Executivo, mas não têm competência para inovar na ordem jurídica. Egon Bockmann Moreira aponta como característica de tais agências a “possibilidade de emanar normas regulamentares exclusivas”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, n. 11, ago./out. 2007. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp). Acesso em: 10 jan. 2010, p. 64-65). No mesmo sentido, assevera Paulo Motta que não lhes é permitido, no entanto, inovar na ordem jurídica – sua regulação deve dar-se estritamente no campo técnico (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003, p. 168-169). Em sentido contrário, afirmando a “deslegalização” e o amplo poder normativo das agências reguladoras: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 424.

Clève acentua a ampla competência normativa estabelecida constitucionalmente, em oposição à Constituição anterior, que previa lei para especificar as hipóteses de criação normativa.<sup>1131</sup>

Armando Süssekind trata do tema sob a nomenclatura de “sentença normativa”, identificando-a como produção jurídica de origem estatal que “constitui direito novo, pela criação ou revisão de normas ou condições de trabalho, aplicáveis, abstratamente, aos que pertencem ou venham a pertencer aos grupos envolvidos”.<sup>1132</sup> Victor Nunes Leal sublinha que, não obstante seu caráter normativo, essa decisão se caracteriza como ato judicial.<sup>1133</sup>

Vale ressaltar, no entanto, que o exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho foi enfaticamente reduzido pela Emenda Constitucional 45/2004 em virtude da exigência de “comum acordo” para o dissídio coletivo.

Em relação ao Conselho Nacional de Justiça, a Emenda Constitucional 45/2004 traz à Constituição a previsão expressa de competência regulamentar, no artigo 103B, §4º, I.<sup>1134</sup> A isso não corresponde, no entanto, “delegação” de poder legislativo ou autorização para “romper com o princípio da reserva da lei e de reserva de jurisdição”, conforme apontam Clèmerson Merlin Clève, Lenio Luiz Streck e Ingo Wolfgang Sarlet. Os autores acentuam que essa competência é limitada tanto pela reserva de lei, que impede a expedição de regulamentos com caráter geral e abstrato, como pela impossibilidade de atingir direitos e garantias fundamentais.<sup>1135</sup>

No julgamento da medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade 12, o Supremo Tribunal Federal, no entanto, afirma que a Resolução 07/05 do Conselho Nacional de Justiça, referente à proibição de nomeação de parentes para cargos em confiança, tem “caráter normativo primário”, possibilitando que, diretamente, concretize os princípios constitucionais, além de se revestir “dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto,

---

<sup>1131</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 83-84. Para uma análise da “função disciplinadora” do poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral em relação aos sindicatos nas décadas de 1970 e 1980, ver HORN, Carlos Henrique. *Negociações coletivas e o poder normativo da Justiça do Trabalho*. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 417-445, 2006.

<sup>1132</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 122.

<sup>1133</sup> LEAL, Victor Nunes. Funções normativas de órgãos judiciários. In: \_\_\_\_\_. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960 [1946], p. 179-222, p. 187.

<sup>1134</sup> Assim como o faz para o Conselho Nacional do Ministério Público, conforme previsão do artigo 130-A, §2º, I.

<sup>1135</sup> CLÈVE, Clèmerson. Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da ESMESEC*, Florianópolis, v. 12, p. 17-26, 2005.

pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos)”, o que possibilitaria o controle abstrato de constitucionalidade.

Do voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, se extrai o entendimento de que a Resolução retira seu fundamento de validade diretamente da Constituição, tendo força de “diploma normativo primário”. Afirma expressamente a possibilidade de inovação na ordem jurídica, por autorização constitucional, pelo Conselho Nacional de Justiça. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio nega a existência de poder normativo ou competência legiferante concedido pela Constituição ao Conselho Nacional de Justiça. Sendo assim, tratando-se de ato regulamentar, como afirma o texto constitucional, não caberia controle concentrado de constitucionalidade.<sup>1136</sup>

Não obstante a posição majoritária (ainda provisória) do Supremo Tribunal Federal, capitaneada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, não existe autorização constitucional ao Conselho Nacional de Justiça para legislar. Trata-se, conforme a própria dicção do comando normativo, de poder regulamentar.

Romeu Felipe Bacellar Filho afirma, expressamente, que “qualquer inovação jurídica realizada pelas resoluções do Conselho Nacional de Justiça constituirá exercício de função legislativa não autorizada constitucionalmente”, pois “os atos provenientes do exercício do poder regulamentar não podem jamais inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações”: “o regulamento deve ser reduzido sempre à sua real expressão de mero explicitador, mero pormenorizador da lei formal”.<sup>1137</sup>

Se há previsão constitucional de competência normativa em relação à Justiça do Trabalho e de competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça, em matéria eleitoral a Constituição adota a estrita legalidade, afastando a criação de regras eleitorais fora do Parlamento. Não cabe, em caso algum, ao Poder Judiciário, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo Tribunal Superior Eleitoral, “aprimorar” a legislação eleitoral e as instituições políticas, nem sequer expedir resoluções.

A Constituição reserva à lei complementar a definição da organização e competência da Justiça Eleitoral.<sup>1138</sup> Até a edição dessa lei, o Código Eleitoral é considerado

---

<sup>1136</sup> A ação direta de constitucionalidade ainda não foi apreciada no mérito. O acórdão do julgamento da medida cautelar, ocorrido em 16 de fevereiro de 2006, tem 124 páginas e valeria uma larga análise dos fundamentos e das ilações realizadas. Não é, no entanto, objeto dessa pesquisa.

<sup>1137</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Poderes da República e sua relação no ordenamento jurídico brasileiro*. Conferência de abertura. XXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Florianópolis, 21 out. 2009.

<sup>1138</sup> Art. 121. “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.”

(parcialmente) lei complementar para os fins da exigência constitucional. E prevê, junto com a Lei dos Partidos Políticos e com a Lei das Eleições, a edição de instruções (e não de regulamentos) pelo Tribunal Superior Eleitoral.

## 5.1 A ANTERIORIDADE CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA ELEITORAL

A legalidade em matéria eleitoral está explicitada em um dispositivo específico da Constituição de 1988. Em seu texto original, o artigo 16 estabelecia que “a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação”.<sup>1139</sup> Com a Emenda Constitucional 4/93, o preceito passa a ser: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.<sup>1140</sup>

Cabe aqui, uma rápida distinção entre existência, validade e eficácia no mundo jurídico. Hans Kelsen aduz que a validade se relaciona com a existência específica da norma e sua obrigatoriedade, enquanto a eficácia está ligada à conformação da conduta humana à norma jurídica.<sup>1141</sup> Não é nesse sentido que os termos são aplicados no dispositivo constitucional.

Marcos Bernardes de Mello se refere a essa distinção em relação ao fato jurídico, indicando que a existência dá-se pelo reconhecimento pelo Direito de determinado fato, a validade corresponde à suficiente conformação do fato de acordo com o Direito e a eficácia determina-se pela produção de efeitos, ainda que não reconhecidos como válidos.<sup>1142</sup> No âmbito das normas constitucionais, José Afonso da Silva define eficácia como a possibilidade de aplicação.<sup>1143</sup>

A ressalva trazida pela emenda indica uma posposição da eficácia da norma que altera o processo eleitoral, com o intervalo de pelo menos um ano entre a existência válida da norma

---

<sup>1139</sup> Por previsão constitucional expressa, nos artigos 4º, §1º e 5º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 16 não se aplicou às eleições de 15 de novembro de 1988 e de 15 de novembro de 1989.

<sup>1140</sup> Trata-se, segundo a linha seguida por essa pesquisa, de derivação intangível do princípio constitucional da estrita legalidade em matéria eleitoral. Essa não é, no entanto, a opinião de André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 732).

<sup>1141</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1945], p. 55-56.

<sup>1142</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101-107.

<sup>1143</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 51.

e a eleição em relação à qual será aplicada. Trata-se de eficácia diferida, um princípio da anualidade singular.<sup>1144</sup>

Esse artigo configura uma “muralha da democracia”, uma exigência da pré-determinação das regras do jogo da disputa eleitoral com um ano de antecedência para evitar casuísmos e surpresas, em nome da estabilidade.<sup>1145</sup> Trata-se de uma medida saneadora que aperfeiçoa o processo eleitoral,<sup>1146</sup> de uma garantia contra intervenções casuisticamente dirigidas, assegurando “a inquebrantabilidade da isonomia nas regras do pleito”.<sup>1147</sup> Ou, ainda, de assegurar as instituições representativas contra o “dirigismo normativo das forças dominantes de cada período”.<sup>1148</sup>

Em relação à Constituição portuguesa, Jorge Miranda se refere ao princípio da estabilidade eleitoral, afirmando a necessidade de que a lei eleitoral a ser aplicada seja aquela vigente ao tempo da dissolução dos órgãos colegiais.<sup>1149</sup>

Aduzem Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra que o princípio da anterioridade eleitoral, previsto no artigo 16 da Constituição, tem como finalidade “evitar que o Poder Legislativo possa introduzir modificações casuísticas na lei eleitoral para desequilibrar a participação dos partidos e dos respectivos candidatos, influenciando, portanto, no resultado da eleição”.<sup>1150</sup>

Ressalte-se que essa regra dirige-se ao Poder Legislativo porque apenas ao Parlamento é dado inovar na ordem jurídica eleitoral. As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, que regulamentam as regras impostas pelo legislador, são inconstitucionais. O que se tem visto, além disso, é uma extrapolação na atividade “interpretativa”, com a “revelação” de novas normas jurídicas. Isso é ainda mais inconstitucional, se for possível uma graduação da inconstitucionalidade: é usurpação de competência. Não se pode sequer cogitar de estender a aplicação do artigo 16 às resoluções, para “constitucionalizá-las parcialmente”. Não basta.

---

<sup>1144</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 86.

<sup>1145</sup> Conforme assinala Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira (CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral: Direito Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 2, p. 3).

<sup>1146</sup> PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 29.

<sup>1147</sup> Como ressalta Sivanildo de Araújo Dantas (DANTAS, Sivanildo de Araújo. *Direito eleitoral: teoria e prática do procedimento das eleições brasileiras*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 218).

<sup>1148</sup> RIBEIRO, Fávila. Pressupostos constitucionais do direito eleitoral brasileiro no caminho da sociedade participativa. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, p. 14-58, p. 46. Fávila Ribeiro ressalta também a necessidade de aprimoramento da legislação eleitoral para reduzir a sua vulnerabilidade em face das fraudes e vícios do processo. Tais modificações, no entanto, não devem se dar em período capaz de perturbar a disputa eleitoral, ou quando “estejam já reconhecíveis as condições concretas da pugna eleitoral em andamento” (p. 46 e 51).

<sup>1149</sup> MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003, p. 30.

<sup>1150</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

Joel José Cândido afirma que a lei eleitoral “tem data certa para ser editada, jamais tomando de assalto, de sobressalto ou de surpresa os seus destinatários”. O autor defende a edição de uma nova lei eleitoral para cada eleição, em nome do aprimoramento da ordem jurídica.<sup>1151</sup> Opinião contrária apresentam Mônica Herman Salem Caggiano, apontando o casuismo das leis do ano, e Carlos Mário da Silva Velloso, que acentua a insegurança e a impossibilidade de consolidação de um entendimento jurisprudencial.<sup>1152</sup>

Gilmar Mendes ressalta a posição do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 3685, que considerou “que o princípio da anualidade eleitoral integra o plexo de direitos políticos do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e os direitos dos próprios partidos”.<sup>1153</sup>

A definição de “processo eleitoral”, no entanto, é objeto de disputa entre os doutrinadores. O que cabe no substantivo “processo”?<sup>1154</sup>

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira e Carlos Eduardo de Oliveira Lula compartilham uma concepção mais ampla da restrição do artigo 16 da Constituição, considerando sua teleologia: a proibição de leis casuísticas. Para o Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, estão fora da aplicação do princípio da anualidade as inelegibilidades, a emancipação de Município e a alteração do número de vereadores, os crimes eleitorais, o processo penal eleitoral e as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral. Ao seu turno, incluem-se nas matérias englobadas pelo dispositivo a lei partidária, a lei eleitoral, o processo penal eleitoral autônomo e as resoluções que configuram ato normativo primário.<sup>1155</sup>

A vedação constitucional atinge as regras capazes de alterar a “realidade fática do processo das eleições”, mas não aquelas que venham “apenas imprimir operatividade ao pleito”, segundo a visão de Sivalnildo de Araújo Dantas.<sup>1156</sup> Para Fávila Ribeiro, as

---

<sup>1151</sup> CÂNDIDO, Joel José. *Inelegibilidades no Direito Brasileiro*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003, p. 20-21.

<sup>1152</sup> CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. Barueri: Manole, 2004, p. 89 nr 34. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO Carlos Mário da Silva (Coords.). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 11-30, p. 11-30, p. 16.

<sup>1153</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 796.

<sup>1154</sup> José Antônio Giusti Tavares apresenta a distinção de Rae entre *electoral laws* (referentes ao procedimento eleitoral e ao escrutínio) e *election laws*, que tratam do sufrágio, das inelegibilidades e da divisão em distritos. Para Tavares, leis eleitorais em sentido estrito se referem à circunscrição eleitoral, à estrutura do boletim de voto, ao procedimento da votação e à fórmula eleitoral (TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 35-36).

<sup>1155</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. Op. cit., p. 6-7; LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme: Imperium, 2008, p. 85. Neste caso a Constituição seria ofendida em seus primórdios: o Preâmbulo, quando afirma a instituição de um Estado democrático, o parágrafo único do artigo primeiro, quando estabelece a soberania popular, o artigo segundo, que assegura a separação de poderes, o inciso II do artigo 5º... sequer seria necessário chegar ao Capítulo IV do Título II.

<sup>1156</sup> DANTAS, Sivanildo de Araújo. Op. cit., p. 217 n 234.

inelegibilidades são indubitavelmente relacionadas ao “processo eleitoral”, o que é evidenciado pelos objetivos da lei previstos no parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição: proteger a normalidade e legitimidade das eleições.<sup>1157</sup> Em sentido contrário, Joel José Cândido afirma que a restrição do artigo 16 aplica-se apenas às leis temporárias, destinadas à regulação de um pleito específico, e não às normas eleitorais permanentes, como a lei das inelegibilidades.<sup>1158</sup> O autor defende uma noção estrita do “processo eleitoral” atingido pelo artigo 16 da Constituição, relacionando-o apenas às “normas que estabelecem os parâmetros igualitários entre os partidos, no pleito, e não aquelas que apenas instrumentalizam o processo, incapazes, por isso, de gerar surpresas ou desequilíbrios na eleição e no seu resultado”. Estão excluídas do princípio da anterioridade, assim, as normas de votação e apuração, de diplomação, que prevejam crimes eleitorais e sobre o processo civil e penal em âmbito eleitoral. E incluídas as regras sobre convenções, coligações, registro de candidatos, arrecadação e aplicação de recursos e propaganda.<sup>1159</sup>

A exigência de igualdade imposta pelo ordenamento constitucional, no entanto, não se impõe apenas em relação aos partidos políticos. Atinge, de maneira enfática, os candidatos – dessa maneira, não é possível afastar as regras de inelegibilidade e de incompatibilidade da aplicação do artigo 16. Aliás, tendo em vista sua finalidade, o comando normativo que exterioriza o princípio da anterioridade deve ser interpretado de maneira mais ampla possível. Mas essa não vem sendo a interpretação do Poder Judiciário.

Em resposta à consulta 11173, sobre a aplicação da Lei Complementar 64 de 18 de maio de 1990, que, ao regular o disposto no parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição, estabeleceu casos de inelegibilidade e seus prazos, nas eleições do mesmo ano, o Tribunal Superior Eleitoral, em decisão de 31 de maio de 1990, por unanimidade, estabelece a aplicação imediata da lei, por se tratar de exigência constitucional, “sem configurar alteração do processo eleitoral”. Do curto voto do relator, Ministro Octavio Gallotti, extrai-se que “[o] estabelecimento, por lei complementar, de outros casos de inelegibilidade, além dos diretamente previstos na Constituição, é exigido pelo art. 14, § 9º, desta e não configura alteração do processo eleitoral, vedada pelo art. 16 da mesma Carta”.<sup>1160</sup>

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se em relação ao alcance do artigo 16. No julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 353, os ministros

---

<sup>1157</sup> RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral brasileiro no caminho da sociedade participativa*. Op.cit., p. 52.

<sup>1158</sup> Para Joel José Cândido a restrição do artigo 16 aplica-se apenas às leis temporárias, destinadas à regulação de um pleito específico, e não às normas eleitorais permanentes, como a lei das inelegibilidades (CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11. ed. Bauru: Edipro, 2004, p. 122).

<sup>1159</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>1160</sup> Resolução 16.551/90 do Tribunal Superior Eleitoral.

reconhecem a necessidade de definição da locução “processo eleitoral” que compõe o princípio da anterioridade da lei eleitoral. Na questão de ordem suscitada pelo relator, julgada posteriormente, a entidade proponente da ação foi considerada ilegítima, por não ser entidade de classe, mas uma “associação de associações”.<sup>1161</sup>

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 354, em 24 de setembro de 1990, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a mudança das regras de apuração dos votos, com nítida prevalência do voto dado ao candidato em relação à indicação da legenda, a menos de um ano da eleição, não ofende o princípio da anualidade. Dessa forma, julgou improcedente, por maioria de votos, a alegação de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.037/90 que determinava sua vigência e aplicação imediatas.<sup>1162</sup>

Para o relator, Ministro Octavio Gallotti, a expressão “processo eleitoral” constante do texto constitucional abarca “a sucessão, o desenvolvimento e a evolução do fenômeno eleitoral, em suas diversas fases ou estágios, a começar pelo sistema partidário e a escolha dos candidatos, passando pela propaganda, e pela organização do pleito propriamente dito, a

---

<sup>1161</sup> ADI MC 353 e ADI QO 353, de relatoria do Min. Celso de Mello. A primeira foi julgada em 05 de setembro de 1990 e a segunda em 10 de março de 1993.

<sup>1162</sup> A redação da Lei 8037/90 é a seguinte: Art. 1º “Os arts. 176 e 177 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que instituiu o Código Eleitoral, com as alterações promovidas pelas Leis nºs 6.989, de 5 de maio de 1982 e 7.332, de 1º de julho de 1985, passam a vigorar com a seguinte redação: Art. 176. Contar-se-á o voto apenas para a legenda, nas eleições pelo sistema proporcional: I - se o eleitor escrever apenas a sigla partidária, não indicando o candidato de sua preferência; II - se o eleitor escrever o nome de mais de um candidato do mesmo Partido; III - se o eleitor, escrevendo apenas os números, indicar mais de um candidato do mesmo Partido; IV - se o eleitor não indicar o candidato através do nome ou do número com clareza suficiente para distingui-lo de outro candidato do mesmo Partido. Art. 177. Na contagem dos votos para as eleições realizadas pelo sistema proporcional observar-se-ão, ainda, as seguintes normas: I - a inversão, omissão ou erro de grafia do nome ou prenome não invalidará o voto, desde que seja possível a identificação do candidato; II - se o eleitor escrever o nome de um candidato e o número correspondente a outro da mesma legenda ou não, contar-se-á o voto para o candidato cujo nome foi escrito, bem como para a legenda a que pertence; III - se o eleitor escrever o nome ou o número de um candidato e a legenda de outro Partido, contar-se-á o voto para o candidato cujo nome ou número foi escrito; IV - se o eleitor escrever o nome ou o número de um candidato a Deputado Federal na parte da cédula referente a Deputado Estadual ou vice-versa, o voto será contado para o candidato cujo nome ou número foi escrito; V - se o eleitor escrever o nome ou o número de candidatos em espaço da cédula que não seja o correspondente ao cargo para o qual o candidato foi registrado, será o voto computado para o candidato e respectiva legenda, conforme o registro”. Art. 2º “Esta lei entra em vigor na data de sua publicação”. Art. 3º “Revogam-se as disposições em contrário”. Os dispositivos do Código Eleitoral determinavam que: Art. 176. “Contar-se-á o voto apenas para a legenda, nas eleições pelo sistema proporcional: I - se o eleitor escrever o nome de mais de um candidato do mesmo partido; II - se o eleitor, escrevendo apenas os números, indicar mais de um candidato do mesmo partido; III - se o eleitor não indicar o candidato através do nome ou do número com clareza suficiente para distingui-lo de outro candidato do mesmo partido; IV - se o eleitor, indicando a legenda, escrever o nome ou o número de candidato de outro partido”. Art. 177. “Na contagem dos votos para as eleições realizadas pelo sistema proporcional observar-se-ão, ainda, as seguintes normas: I - a inversão, omissão ou erro de grafia do nome ou prenome não invalidará o voto desde que seja possível a identificação do candidato; II - se o eleitor escrever o nome de um candidato e o número correspondente a outro da mesma legenda ou não, contar-se-á o voto para o candidato cujo nome foi escrito e para a legenda a que pertence, salvo se ocorrer a hipótese prevista no IV do artigo anterior; III - se o eleitor escrever o nome ou o número de um candidato a deputado federal na parte da cédula referente a deputado estadual ou vice-versa o voto será contado para o candidato cujo nome ou número foi escrito; IV - se o eleitor escrever o nome ou o número de candidatos em espaço da cédula que não seja o correspondente ao cargo para o qual o candidato foi registrado, será o voto computado para o candidato e respectiva legenda, conforme o registro”.

culminar na apuração do resultado”. Sob as normas elaboradas em período anterior ao exigido pela anterioridade, “quando já esboçado o balanço das forças políticas empenhadas no pleito que se aproxima”, paira a suspeita de parcialidade. Decide pela improcedência da ação por não ver nos dispositivos capacidade de gerar surpresa ou quebra de isonomia.

O Ministro Marco Aurélio vota pela inconstitucionalidade, considerando que as regras de apuração de votos integram a ideia de processo eleitoral trazido pelo artigo 16 da Constituição. O Ministro Carlos Velloso, considerando a expressão “processo eleitoral” como o “complexo de atos que visam a receber e transmitir a vontade do povo”, entende que as regras de apuração também estão abrangidas pela exigência constitucional.

O processo eleitoral é composto por uma fase pré-eleitoral (desde a apresentação das candidaturas até a propaganda eleitoral), uma fase eleitoral propriamente dita (a votação) e uma fase pós-eleitoral (com a apuração e a diplomação), afirma o Ministro Celso de Mello, e relaciona-se com a definição de competência da Justiça Eleitoral. Assim, vota pela inconstitucionalidade da lei, determinando a aplicação da anterioridade do artigo 16 da Constituição também aos artigos 25 e 26 da Resolução 16.640/TSE que transcreviam os termos da Lei impugnada.

O Ministro Sepúlveda Pertence se manifesta no sentido de “emprestar ao conceito de processo eleitoral, para os fins do artigo 16, extensão tão ampla quanto seus termos comportem, de modo a abranger, radicalmente, desde o alistamento eleitoral e a habilitação dos partidos à escolha dos candidatos, definindo assim todas as personagens do drama eleitoral; do registro dos candidatos à propaganda; da votação ao procedimento e aos critérios da apuração até o momento culminante da proclamação e da diplomação dos eleitos”.

O entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence leva à identidade entre o “processo eleitoral” do artigo 16 e todo o Direito Eleitoral, afirma o Ministro Paulo Brossard. As mudanças promovidas pela Lei 8.037, sendo Direito eleitoral substantivo, não estão submetidas à anterioridade constitucional, afirma o ministro. Seu voto é pela constitucionalidade.

O Ministro Célio Borja, após pedir vista, vota com o relator pela constitucionalidade da vigência e aplicação imediatas. O Ministro Sydney Sanches também acompanha o relator, afirmando que o artigo 16 da Constituição não deve ter tido como “propósito impedir alterações louváveis na legislação eleitoral durante o ano da campanha”, como o fez a lei em análise.

Para o Ministro Aldir Passarinho, a locução do artigo 16 atinge “aquilo que disser com a verdade das urnas”. A modificação proposta “significa mudança substancial com relação à apuração dos votos e do resultado eleitoral”, devendo, portanto, ser submetida à anuidade.

Em voto vista, o Ministro Moreira Alves aponta a distinção entre processo eleitoral e Direito Eleitoral, relacionando aquele aos atos que estão diretamente ligados às eleições. Afirma que a expressão do artigo 16 inclui apenas as normas instrumentais ou formais relativas às eleições e as regras de interpretação da vontade do eleitor são de direito material. Seu voto é pela constitucionalidade. Finalmente, o Ministro Néri da Silveira afirma que a regra não se dirige ao eleitor, mas “àquele que apura o resultado e com o objetivo de estabelecer um critério de compreensão, de interpretação da vontade do eleitor”, e acompanha o relator.<sup>1163</sup>

Em um caso concreto, apreciado em 17 de junho de 1992, um candidato reclamava da sua exclusão do pleito de 1990 por conta da inelegibilidade prevista no artigo 1º, I, g,<sup>1164</sup> da lei e arguia, entre outras coisas, sua inconstitucionalidade em face do artigo 16 da Constituição.<sup>1165</sup>

Para o relator do recurso extraordinário, Ministro Sepúlveda Pertence, como a lei alterou o regime de inelegibilidades e a partir de sua concepção mais ampla de processo eleitoral, estaria submetida ao artigo 16 da Constituição. A lei estabelece casos de inelegibilidade e define seus prazos, bem como os de desincompatibilização, o que modifica essencialmente as regras da disputa eleitoral. Afirma ainda que a lei, exigida pela Constituição, altera a lei anterior que tratava do tema, Lei Complementar 5/70 e vota pela inconstitucionalidade da aplicação imediata da lei e deferindo o registro da candidatura. Sua manifestação foi seguida pelo Ministro Marco Aurélio e pelo Ministro Carlos Velloso. O Ministro Celso de Mello repete seu voto proferido na ação direta de inconstitucionalidade 354 e afirma que, inobstante a ordem constitucional ao legislador contida no parágrafo 9º do artigo 14, a lei de inelegibilidade não se subtrai “aos condicionamentos temporais que incidem sobre o poder reservado à União sobre essa específica matéria concernente ao processo eleitoral”.

---

<sup>1163</sup> ADI 354/DF - Distrito Federal - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Octavio Gallotti. EMENTA: Não infringe o disposto no art. 16 da Constituição de 1988 (texto original) a cláusula de vigência imediata constante do art. 2º da Lei nº 8.037, de 25 de maio de 1990, que introduziu na legislação eleitoral normas relativas à apuração de votos. Ação Direta julgada improcedente, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Aldir Passarinho.

<sup>1164</sup> Art. 1º “São inelegíveis: I - para qualquer cargo: g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão”.

<sup>1165</sup> Somente serão analisadas as razões do julgamento quanto à preliminar de inconstitucionalidade, que se relaciona diretamente com a compreensão do alcance da anterioridade constitucional em matéria eleitoral.

Segundo o Ministro Paulo Brossard, a hipótese em discussão – inelegibilidade decorrente de desaprovação de contas – é “constitucionalmente focalizada” e geraria suspensão de direitos políticos por força dos artigos 15 e 37 § 4º da Constituição. Assim, aplicar o artigo 16 nesse caso seria “negar aplicabilidade imediata a outros artigos da própria Constituição”. Não reconhece, por conseguinte, a inconstitucionalidade. É seguido pelo Ministro Célio Borja, pelo Ministro Octavio Gallotti e pelo Ministro Moreira Alves. O Ministro Sydney Sanches acompanha a divergência, ressaltando a intenção do constituinte na previsão da lei complementar e optando pelo entendimento restrito do artigo 16, sob pena de “uma profunda alteração no resultado dessa eleição [de 1990]”.

Para o Ministro Aldir Passarinho, “o ponto referente às inelegibilidades é exatamente um que deve – mais do que qualquer outro – ser considerado como abrangido pela restrição constitucional”. Aponta, ainda, a ausência de ressalva no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em relação ao tema, como o faz sobre outras questões.

Com o voto de desempate, o Ministro Néri da Silveira afirma que “a matéria relativa à inelegibilidade não se compreende no âmbito do art. 16 da Constituição”. Ressalta o caráter constitucional das inelegibilidades, tratadas exaustivamente nos textos constitucionais brasileiros até a Emenda Constitucional 14/65, que remete a previsão de outros casos por lei complementar.<sup>1166</sup>

Resta saber como os critérios estabelecidos por parte da doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal funcionam na definição de “processo eleitoral”. O que acaba acontecendo é uma “seleção” das regras pelo Tribunal Superior Eleitoral, como na Lei 11.300, de 10 de maio de 2006. Essa “minirreforma eleitoral”, como foi denominada, pela leitura singela do artigo 16 da Constituição, somente poderia gerar efeitos para a eleição de 2008, pois sua publicação se dá a menos de cinco meses antes da eleição. Mas a “regulamentação” do TSE pela Resolução 22.205 de 23 de maio do mesmo ano, segundo seus próprios *consideranda*, resolve quais dispositivos seriam aplicáveis às eleições daquele ano. A segunda consideração da Corte Eleitoral afirma que “o artigo 16 da Constituição Federal não se dirige à edição de normas que não afetem o processo eleitoral”.

Com essa percepção, amplia as doações vedadas, o rol de gastos eleitorais, veda a qualquer modalidade de propaganda em bens públicos, bens de uso comum, ou bens cujo uso dependa da cessão ou permissão do poder público, proíbe comícios com shows e a

---

<sup>1166</sup> Recurso Extraordinário 129.392, Relator Min. Sepúlveda Pertence. “Rejeição pela maioria – vencidos o relator e outros Ministros – da argüição de inconstitucionalidade do art. 27 da LC 64/90 (Lei de Inelegibilidades) em face do art. 16 da CF: prevalência da tese, já vitoriosa no TSE, de que, cuidando-se de diploma exigido pelo art. 14, § 9º, da Carta Magna, para complementar o regime constitucional de inelegibilidades, à sua vigência imediata não se pode opor o art. 16 da mesma Constituição.”

distribuição de brindes, afasta a propaganda em *outdoor*, restringe o período de propaganda na imprensa escrita até a antevéspera das eleições, antecipa a vedação de transmissão de programa apresentado ou comentário por candidato para a escolha em convenção. E atinge de maneira diferente os possíveis candidatos, a um mês das convenções partidárias.

O entendimento débil da vedação constitucional do artigo 16 enfraquece os princípios constitucionais da estrita legalidade em matéria eleitoral e da máxima igualdade na disputa eleitoral.<sup>1167</sup> Novamente afirma-se que a locução “processo eleitoral” deve ser interpretada de maneira ampla, a partir da sua compreensão como norma garantidora da igualdade entre os candidatos. Não se concebe a alteração das regras do jogo eleitoral relacionadas às inelegibilidades, às coligações, ao registro de candidatos, à propaganda, à aplicação e arrecadação de recursos, à apuração de votos e às hipóteses de cabimento das ações eleitorais a menos de um ano da data do pleito. Qualquer norma que se refira à matéria eleitoral deve obedecer ao princípio da anterioridade constitucional.

## 5.2 A “RESERVA DE LEI” DO PARLAMENTO

O constitucionalismo, principalmente em relação às constituições rígidas, impõe uma diferenciação entre poder constituinte e poderes constituídos. Entre os poderes constituídos, a Constituição estabelece uma divisão de funções, com a atribuição de uma função específica a cada órgão de soberania e com a previsão de um sistema de controle recíproco. O Poder Legislativo é aquele que decide sobre a matéria legal.<sup>1168</sup>

O princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral impõe que as regras eleitorais devem ser estabelecidas por lei, entendida essa em sentido estrito: regras derivadas de um processo democrático de deliberação parlamentar, a partir da arena política formada por representantes das correntes de opinião da sociedade. Esse, para Manuel Aragon, é o único sentido adequado à “reserva de lei” em um Estado democrático. E é apenas neste sentido, despretensiosamente, que se utiliza a expressão. Conhece-se a advertência de Celso Antônio

---

<sup>1167</sup> Adverte Fávila Ribeiro: “É preciso que se colha do dispositivo o acalentado rendimento social, impedindo a redução de seu alcance, não deixando prosperarem fraturas pelas vias interpretativas. Para isso, quanto mais desvelo houver em sua aplicação menor será o risco de que possam medrar condescendências que avariariam a igualdade nas disputas eleitorais, e imponham a idéia de justiça deserte ou seja expelida dessa área conflituosa” (RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral brasileiro no caminho da sociedade participativa*. Op. cit., p. 47).

<sup>1168</sup> Conforme Victor Nunes Leal: “Em suma, quem decide da matéria constitucional é o poder constituinte. Do mesmo modo, quem decidirá da matéria legal é o poder legislativo, respeitados os preceitos da Constituição” (LEAL, Victor Nunes. *Lei e Regulamento*. In: \_\_\_\_\_. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960 [1945], p. 57-91, p. 65).

Bandeira de Mello de que o uso desta expressão, originária do e pertinente no Direito alemão, seria totalmente descabido no Brasil (pois a distinção entre o que é da alçada de cada Poder não se descobre em função da matéria).<sup>1169</sup> Todavia, para fins de “reforço da ideia” de que somente a norma inovadora originária do Parlamento pode criar direitos e obrigações de natureza eleitoral, torna-se útil a noção. Ademais, em certas circunstâncias torna-se necessário retomar o óbvio: o Poder Executivo não pode exercer atividade legislativa no âmbito eleitoral (ainda que em suas prerrogativas constitucionais atípicas tais como na edição de medidas provisórias e de leis delegadas) e muito menos a Justiça Eleitoral e seus órgãos.

Não apenas a partir da oposição entre o Parlamento (representativo) e o monarca (não representativo), mas considerando a democracia pluralista, o Parlamento é o órgão fundamental de representação de todo o povo, em que as minorias podem se fazer ouvir e participar da elaboração da norma, em um procedimento que se marca pelo contraste, pela publicidade e pela livre deliberação.<sup>1170</sup> A afirmação se coaduna com o sistema brasileiro, pois não há matéria que não seja reservada à lei ou que lhe pudesse ser subtraída por uma atuação regularmentar inovadora.

É o Parlamento a arena da discussão pública, o lugar do debate robusto e acessível a todos, da apresentação de argumentos e de contra-argumentos, de deliberação sobre a vontade do Estado.<sup>1171</sup> “O Parlamento constitui um ‘espaço de luta’, e o campo da lei é o campo da mediação”, afirma Clèmerson Merlin Clève.<sup>1172</sup> O Poder Legislativo, como aduz Carlos Ayres Britto, conta com um prestígio constitucional, em face de sua formação ser derivada diretamente da vontade do povo e de consubstanciar todas as ideologias da sociedade, como “a mais completa expressão do pluralismo político”.<sup>1173</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a origem parlamentar da lei permite a sua elaboração a partir de “várias tendências ideológicas, múltiplas facções políticas, diversos segmentos representativos do espectro de interesses que concorrem na vida social”. Assim, a lei aproxima-se da média do pensamento social, construído por uma pluralidade de grupos. O autor acentua, ainda, o “grau de controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade

---

<sup>1169</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1052.

<sup>1170</sup> ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 8, v. 24, p. 9-45, sep./dec. 1985. 41-42.

<sup>1171</sup> MILL, John Stuart. *Governo Representativo*. Tradução: E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964 [1861], p. 71.

<sup>1172</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 48, nr 13.

<sup>1173</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: ZNT, 1997, p. 83 nr 24.

normativa” garantido pelo processo legislativo, ao contrário do que ocorre com a edição do regulamento.<sup>1174</sup>

Fabrício Motta evidencia a relação desse prisma do princípio da legalidade com a ideologia democrática, com uma concepção de lei a partir da “participação do povo na sua elaboração, por meio de seus representantes”. O autor ressalta que não há, no sistema brasileiro, limites materiais à lei, desde que compatível com a Constituição.<sup>1175</sup>

O princípio da reserva da lei do Parlamento leva em consideração a escolha constitucional pelo tratamento de determinadas matérias por meio de lei do Parlamento. Esta decisão é justificada pela seleção constitucional de temas que devem ser tratados no âmbito da representação, envolvida pela legitimidade democrática e cuja decisão é passível de amplo controle dos seus fundamentos, garantido pela publicidade das discussões e pela possibilidade de participação no debate de todos os partidos com representação.<sup>1176</sup>

Clèmerson Merlin Clève expressamente inclui entre as matérias que são absolutamente reservadas ao Poder Legislativo as relacionadas aos direitos políticos e eleitorais, ressaltando a escolha constitucional em atribuir a determinadas matérias o tratamento exclusivo a partir da lei formal, submetida ao debate da representação política.<sup>1177</sup>

As normas eleitorais, que estabelecem as regras do jogo da disputa democrática, não podem ser elaboradas em gabinetes ou salas de sessões. Sua fundamentação pública e sua construção democrática são essenciais para a legitimidade de suas imposições e restrições. Assim entende Sivalnildo de Araújo Dantas, ao afirmar que somente a lei – em sentido formal – pode operar modificações no procedimento eleitoral.<sup>1178</sup>

Há, ainda uma “preferência do legislador como órgão concretizador da constituição”, conforme leitura de José Joaquim Gomes Canotilho.<sup>1179</sup> Nas regras de disputa pelos cargos eletivos impõe-se uma reserva legal absoluta. Em matéria eleitoral – como no âmbito tributário e em Direito Penal – é possível se referir a um princípio de reserva parlamentar,<sup>1180</sup>

---

<sup>1174</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 360-363.

<sup>1175</sup> MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 116 e 120rn.

<sup>1176</sup> Conforme ressalta J. J. Gomes Canotilho. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 672-673.

<sup>1177</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. Op. cit., p. 33-34, 59 e 78 nr 130.

<sup>1178</sup> DANTAS, Sivanildo de Araújo. *Direito eleitoral: teoria e prática do procedimento das eleições brasileiras*. Op. cit., p. 219.

<sup>1179</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1226.

<sup>1180</sup> CLÈVE, Clèmerson. Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. “Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)”. *Revista da ESMESC*, v. 12 (2005), p. 17-26.

no sentido de excluir da esfera regulamentar a definição das regras fundamentais que desenvolvem os princípios estruturantes.

A noção de lei em sentido estrito implica uma visão do princípio da separação de poderes informada por cláusulas parâmetros – independência e harmonia entre os poderes, indelegabilidade e inacumulabilidade – que impede, apesar do sentido atual do princípio, seu aniquilamento.<sup>1181</sup> Como afirma Luciane Moessa de Souza, “[h]á que se buscar, portanto, um equilíbrio entre as limitações colocadas pelo princípio da separação de poderes e a necessidade de efetividade dos direitos fundamentais, sempre observado o princípio fundamental da supremacia da Constituição”.<sup>1182</sup>

A Constituição expressamente se refere à reserva de lei complementar<sup>1183</sup> para o estabelecimento de hipóteses de inelegibilidade infraconstitucionais (artigo 14, § 9º) e para a organização e competência da Justiça Eleitoral (artigo 121). E, ao impor uma anterioridade específica em matéria eleitoral, faz uma reserva de lei para a regulação do processo eleitoral (artigo 16).<sup>1184</sup>

As regras eleitorais se referem à concretização do princípio de legitimação do exercício do poder político. Exige-se, para a sua imposição, ampla discussão parlamentar, com caráter fortemente deliberativo e com a participação das minorias. A legitimidade para a restrição de direitos – direitos políticos, como a elegibilidade, ou liberdades, como a liberdade de expressão – está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. Apenas o Parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral.

Em nome, simultaneamente, de uma necessária “moralização” do processo e de um imperioso impulso na reforma política, o Tribunal Superior Eleitoral vem, frequentemente, inovando em matéria eleitoral, criando direitos e obrigações, assinalando casos de inelegibilidade sem previsão expressa em lei (complementar, por exigência constitucional), determinando número de cadeiras de vereadores, criando hipótese de perda de mandato.

---

<sup>1181</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. O poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 13-19.

<sup>1182</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. *Normas constitucionais não-regulamentadas*: instrumentos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 158.

<sup>1183</sup> Trata-se, portanto, de uma “reserva de lei reforçada”, com exigência de um maior consenso parlamentar para a elaboração da lei. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 676.

<sup>1184</sup> Para José Joaquim Gomes Canotilho há uma reserva de lei “absoluta” quando se trata da definição “de um regime jurídico global, como é o caso, por exemplo, da disciplina jurídica das eleições para os titulares de órgãos de soberania”. Id.

Na questão da fidelidade partidária, o Supremo Tribunal Federal, reformando a Constituição e legislando sobre Direito Eleitoral e sobre processo civil, criou “um procedimento inexistente numa justiça incompetente”.<sup>1185</sup>

### 5.3 O “PODER REGULAMENTAR” DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Como se afirmou, a atuação da Justiça Eleitoral na expedição de resoluções é inconstitucional. Sem previsão expressa na Constituição e em face de uma função atípica, não se pode considerar a possibilidade de elaboração de normas, ainda que secundárias, pelo Poder Judiciário.

A visão contemporânea da separação de poderes, ou divisão de funções entre os órgãos de soberania do Estado, impõe o reconhecimento do exercício de parcela da função típica de um órgão por outro. Assim, por exemplo, o Poder Legislativo julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, o Poder Executivo edita medidas provisórias e elabora leis delegadas e o Poder Judiciário elabora seus regimentos internos<sup>1186</sup> e administra seu pessoal e seu orçamento.

A função legislativa, no entanto, com a exceção das espécies normativas previstas nos incisos IV e V do artigo 59 da Constituição – leis delegadas e medidas provisórias –, submetidas a requisitos específicos e que não prescindem da atuação efetiva do Poder Legislativo, seja por sua autorização prévia no caso da delegação legislativa, seja pela análise quando da conversão em lei das medidas provisórias, está reservada ao Poder Legislativo.

Ao Poder Executivo, com as exceções apontadas, e ao Poder Judiciário é vedado estabelecer normas gerais e abstratas que inovem<sup>1187</sup> no ordenamento jurídico. Reconhece-se competência “normativa”, para elaborar ato normativo sem força de lei, ao Poder Executivo

---

<sup>1185</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 85. Os autores ressaltam ainda que o Supremo Tribunal Federal emprestou à decisão nos mandados de segurança um efeito *erga omnes* (p. 132).

<sup>1186</sup> Para Clèmerson Merlin Clève, o Poder Judiciário exerce função legislativa (em sentido material), na elaboração dos regimentos internos, que podem chegar até a criar recursos não previstos na legislação processual (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 81). Roberto Rosas se refere ao poder normativo do Poder Judiciário, relacionando-o primeiramente à competência para a elaboração dos regimentos internos dos tribunais, mas evidenciando que não corresponde ao poder de legislar (ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 56 e 58). O autor afirma o exercício de uma competência legislativa da Justiça Eleitoral quando da divisão eleitoral do país (p. 61).

<sup>1187</sup> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. Op. cit., p. 353).

para a elaboração de regulamentos e ao Poder Judiciário, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça e da Justiça do Trabalho.

A Justiça Eleitoral não está entre os órgãos competentes para a expedição de atos normativos segundo a Constituição. Logo, a elaboração de resoluções não tem respaldo constitucional. Não obstante, essa questão não se coloca, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. O que se pode admitir é a expedição de instruções, compreendidas adequadamente – que se destinem apenas à atuação administrativa da Justiça Eleitoral, sem possibilidade de seus efeitos atingirem os particulares.

A elaboração das “instruções” para o fiel cumprimento da legislação eleitoral pelo Tribunal Superior Eleitoral fundamenta-se em dispositivos infraconstitucionais: no parágrafo único do artigo 1º e no inciso IX do artigo 23 do Código Eleitoral, no artigo 61 da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95) e no artigo 105 da Lei das Eleições (Lei 9.504/97).

Instruções são, na lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “regras gerais, abstratas e impessoais, de caráter prático, baixadas por órgãos da Administração Pública aos agentes públicos ou encarregados de obras e serviços públicos, prescrevendo-lhes o modo pelo qual devem pôr em andamento seus cometimentos”. Diferenciam-se dos regulamentos porque se dirigem apenas aos órgãos da Administração Pública.<sup>1188</sup> Isso é o máximo que se pode admitir como possível no âmbito da competência normativa da Justiça Eleitoral. Mais significa extrapolar as normas constitucionais e legais.

Ainda que não se admita a força constituinte do fato consumado,<sup>1189</sup> ressalte-se que caso se conceba, erroneamente, a competência regulamentar da Justiça Eleitoral como válida, deve-se reconhecer-se os limites estritos deste poder. A competência regulamentar<sup>1190</sup> é uma espécie de poder normativo, mas vinculada, no ordenamento jurídico brasileiro, à edição de normas secundárias para a execução direta de uma lei específica. Seu fundamento formal deriva da Constituição e seu alcance não atinge a regulamentação direta das normas constitucionais – competência, por excelência, do Poder Legislativo.<sup>1191</sup>

---

<sup>1188</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*: Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007 [1979]. v. 1, p. 381-383.

<sup>1189</sup> Como o faz Georg Jellinek (JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução: Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 7 e 29).

<sup>1190</sup> No direito brasileiro cabe com perfeição a ressalva de Manuel Aragón: “*En realidad, casi todas las categorías del Derecho público están necesitadas de esta «reconstrucción». Piénsese en el propio concepto de Reglamento, tan vinculado, por acción o reacción, al principio monárquico, vinculación que ha de abandonarse si se pretende, lo que me parece necesario, encajar la potestad reglamentaria en el marco de las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho. Reflexión que habría de extenderse a la misma «función de Gobierno» como categoría o a esa otra tan necesitada de precisión como es la del «autogobierno» del Poder Judicial*” (ARAGÓN, Manuel. *La eficacia jurídica del principio democrático*. Op. cit., p. 42).

<sup>1191</sup> VIEIRA, José Roberto et alii. Perfil constitucional do regulamento e alguns reflexos tributários. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 175-233, 2003, p. 185 e 187. Sob a égide da Constituição

Regulamentos, para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto Poder Público”.<sup>1192</sup> Conforme sublinha Clèmerson Merlin Clève, o Poder Executivo, diante de atribuição constitucional, produz, no exercício de função administrativa, regulamentos, que são manifestações de uma função normativa secundária, configurando “atos praticados com fundamento na lei e insuscetíveis de inovar, originariamente, a ordem jurídica”. Para o autor, a justificação material do poder regulamentar reside na necessidade da estreita colaboração entre os poderes Executivo e Legislativo e na exigência de uma flexibilidade regulamentar para determinados setores, como a tecnologia. A justificação formal está na sua previsão constitucional, que estabelece os limites de seu exercício.<sup>1193</sup>

A divergência doutrinária sobre os regulamentos é intensa. Se grande parte da doutrina (com relevante exceção de Eros Roberto Grau) considerava, antes da Emenda 32/2001, que só havia regulamentos executivos – editados para a fiel execução da lei – no Direito brasileiro, após a alteração promovida no artigo 84, VI,<sup>1194</sup> passa-se a defender (com relevante exceção de Celso Antônio Bandeira de Mello)<sup>1195</sup> a existência de regulamento autônomo (não fundamentado em uma lei específica).<sup>1196</sup>

De qualquer forma, os regulamentos não podem, sob pena de inconstitucionalidade, alterar ou substituir leis.<sup>1197</sup> Não podem criar direitos ou obrigações. Não podem restringir

---

anterior, Carlos Mário da Silva Velloso afirmava a caracterização dos regulamentos como atos normativos secundários gerais e a existência apenas de regulamentos de execução no direito brasileiro (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder regulamentar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 65, p. 39-50, jan./mar. 1983, p. 39-50).

<sup>1192</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 359.

<sup>1193</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 139, 149, 216 e 219-221.

<sup>1194</sup> Originalmente, o artigo 84, que trata da competência privativa do Presidente da República, trazia em seu inciso VI a seguinte redação: “VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”. Com a Emenda 32/2001, esse passa a ser o dispositivo: “VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

<sup>1195</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que as disposições do artigo 84, VI, dão ao Presidente da República poderes menos amplos do que os concedidos nos regulamentos autônomos europeus. Indica, no entanto, que por força da alínea b, há a previsão de expedição pelo Poder Executivo de “ato concreto de sentido contraposto a uma lei”, pois os cargos públicos são criados por lei e podem ser extintos por regulamento. O autor reconhece no sistema brasileiro apenas os regulamentos executivos (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. Op. cit., p. 336-337 e 346).

<sup>1196</sup> Para José Roberto Vieira, Fábio Alessandro Fressato Lessnau, Cléverton Bueno de Oliveira, Marcelo Costenaro Cavali, Renata Beckert Isfer e Rita Carolina Barreto, não há regulamento autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, porque sempre haverá subordinação à lei. A hipótese prevista no artigo 84, VI, configura regulamento orgânico (VIEIRA, José Roberto et alii. *Perfil constitucional do regulamento e alguns reflexos tributários*. Op. cit., p. 175-233).

<sup>1197</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 684. O autor ressalta que os regulamentos autônomos estão limitados pelo bloco de constitucionalidade e pelos princípios gerais de Direito (p. 778).

nem ultrapassar a lei. E os regulamentos de execução estão essencialmente limitados pela lei que os fundamenta.

Não se podem admitir regulamentos emanados do Poder Judiciário em matéria eleitoral. Menos ainda a possibilidade de regulamentos autônomos em face do princípio constitucional da estrita legalidade.

O princípio da legalidade, chave do sistema jurídico brasileiro, impõe um conceito de regulamento que não ultrapasse a medida da lei que lhe dá fundamento. O regulamento é ato “estritamente subordinado”, “dependente de lei”, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>1198</sup>

Os regulamentos, segundo Clèmerson Merlin Clève, estão submetidos aos princípios de primazia ou preeminência da lei (o regulamento está hierarquicamente abaixo da lei), da precedência da lei (vinculação positiva à lei, revelada pelo dever de apontar o fundamento legal), da acessoriedade dos regulamentos (não podem tomar o lugar das leis), do congelamento da categoria (se uma matéria foi tratada por lei, o tratamento somente pode ser modificado por outra lei), da identidade própria do regulamento (não pode integrar o diploma legal), da autonomia da atribuição regulamentar (diante da previsão constitucional não se faz necessária autorização legislativa), da colaboração necessária entre a lei e o regulamento (quando necessário o regulamento deve ser editado) e da autonomia da lei (sua vigência não pode depender da edição do regulamento e sua eficácia não pode ser paralisada pela não edição do ato regulamentar).<sup>1199</sup>

É um equívoco afirmar que o regulamento é materialmente lei e formalmente ato administrativo.<sup>1200</sup> É ato administrativo geral e abstrato, mas traz critérios para a decisão de casos concretos.<sup>1201</sup> A normatização de determinada matéria por regulamento sem lei a ser regulamentada é nula em face de sua inconstitucionalidade, pois o regulamento “não poderia suprir a lei onde a Constituição a exige”.<sup>1202</sup>

Além disso, ressalta Victor Nunes Leal que “[a] pretexto de facilitar a execução da lei, não pode, entretanto, o regulamento pretender fixar-lhe a interpretação de maneira conclusiva”, de modo a obrigar o Poder Judiciário.<sup>1203</sup>

---

<sup>1198</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. Op. cit., p. 337 e 343.

<sup>1199</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 235-237.

<sup>1200</sup> Como o faz Victor Nunes Leal, a partir de León Duguit (LEAL, Victor Nunes. *Lei e Regulamento*. In: \_\_\_\_\_. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960 [1945], p. 57-91, p. 65-66).

<sup>1201</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 221.

<sup>1202</sup> LEAL, Victor Nunes. *Lei e Regulamento*. Op. cit., p. 74.

<sup>1203</sup> *Ibid.*, p. 75.

A Justiça Eleitoral exerce funções regulamentares sem autorização constitucional ou legal. O exercício (não autorizado constitucionalmente) dessa competência legal não afasta a atuação do Presidente da República na regulamentação da legislação eleitoral, em face de seu poder de regulamentação geral assegurado pela Constituição.

A atuação do Tribunal Superior Eleitoral em matéria de resoluções, se admitida (inobstante sua inconstitucionalidade), deve se subordinar à noção de função regulamentar de maneira estrita: aquela em que não há espaço para discricionariedade qualquer, mas apenas se deve desdobrar, especificar o que a lei determina de modo genérico. Dessa forma, as resoluções eleitorais devem se restringir a esclarecer datas, competências e procedimentos para a eleição específica que será disputada, facilitando a compreensão da legislação eleitoral. Apenas isso.

Mas dois são os instrumentos pelos quais a Justiça Eleitoral vem, inconstitucional e antidemocraticamente, inovando a ordem jurídica brasileira: as resoluções e as consultas. Nenhuma delas têm previsão constitucional, ambas derivam do Código Eleitoral – Lei 4.737/65.<sup>1204</sup>

As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, se afastada sua inconstitucionalidade absoluta, somente podem ter a natureza jurídica de regulamentos de execução, destinados a facilitar a execução da lei, precisando o conteúdo dos seus conceitos e determinando os procedimentos a serem tomados pela Justiça Eleitoral em sua função administrativa.<sup>1205</sup> Não inovam a ordem jurídica, não podem operar contra a lei, para além da lei, são completamente subordinados à lei: “Qualquer de suas disposições que contrarie dispositivo de lei a que o mesmo [o regulamento de execução] se refere, ou de qualquer outra lei, não pode ter aplicação”.<sup>1206</sup>

Essas instruções se exteriorizam em forma de resoluções, que, por força de previsão legal,<sup>1207</sup> são editadas até o dia 05 de março do ano da eleição e têm natureza jurídica

---

<sup>1204</sup> Art. 23 – “Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político. A competência dos Tribunais Regionais Eleitorais para responder a consultas está prevista no artigo 30, VIII. A previsão para expedição de instruções é repetida na Lei dos Partidos Políticos (artigo 61) e na Lei das Eleições (artigo 105).”

<sup>1205</sup> Definição de regulamento de execução a partir de Clèmerson Merlin Clève (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 244-245).

<sup>1206</sup> LEAL, Victor Nunes. *Lei e Regulamento*. Op. cit., p. 80-81.

<sup>1207</sup> Originalmente o artigo 105 da Lei das Eleições (Lei 9504/97) dispunha: “Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito”. A redação foi alterada pela Lei 12.034/09, como reação aos excessos do Tribunal Superior Eleitoral: “Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução,

regulamentar. Não são submetidas, portanto, à anterioridade eleitoral exigida pelo artigo 16 da Constituição, o que reforça seu caráter não inovador.<sup>1208</sup>

As resoluções, aponta Torquato Jardim, são decisões “que têm por função dar eficácia legal e eficácia social às normas constitucionais e legais eleitorais”, “explicando os seus fins e traduzindo em linguagem acessível ao eleitorado, aos candidatos e aos partidos políticos, os requisitos e os procedimentos adequados ao exercício da cidadania” ou “pondo termo ao processo judicial”.<sup>1209</sup>

Suzana de Camargo Gomes afirma que as instruções do Tribunal Superior Eleitoral “possuem nítido caráter normativo e força de regra geral, sendo que se violadas ensejam a interposição de recurso especial” e ressalta a impossibilidade de as resoluções extrapolarem o conteúdo da lei e sua função de facilitar o entendimento e a aplicação da legislação eleitoral.<sup>1210</sup> Pinto Ferreira apresenta posicionamento similar, afirmando que a eficácia das instruções do Tribunal Superior Eleitoral depende de sua concordância com o texto legal e enfatizando que se trata de uma “competência puramente regulamentar e não legislativa”.<sup>1211</sup>

No mesmo sentido o pensamento de José Augusto Delgado, que reconhece a “característica de cunho supletivo e criador” das instruções, necessárias ao Direito Eleitoral, mas “desde que não resulte, a sua aplicação, em se tornar incompatível com a norma positivada”: não lhe é permitido “alcançar a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir ou aumentar os limites dos direitos subjetivos constituídos pela lei eleitoral”. O autor afirma que a base jurídica do “regulamento eleitoral” está relacionada à atividade inerente da Justiça Eleitoral, de caráter administrativo e judiciário.<sup>1212</sup>

---

ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos”. Além disso, foi adicionado um terceiro parágrafo ao artigo: “§ 3 Serão aplicáveis ao pleito eleitoral imediatamente seguinte apenas as resoluções publicadas até a data referida no caput”.

<sup>1208</sup> Discorda-se vigorosamente da concepção de Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira e Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira, que afirmam que “a Resolução do TSE tem força de lei ordinária federal”, podendo se caracterizar como um ato normativo primário (que cria o direito) ou secundário (que copia o direito). Para os autores a inconstitucionalidade da Resolução 22.610/07 está no fato de que ela tratou de matéria constitucional (CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua e CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. Op. cit., p. 138). A Resolução é totalmente inconstitucional, formal e materialmente.

<sup>1209</sup> JARDIM, Torquato. *Processo e Justiça Eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro*. Op. cit., p. 33. À tarefa de explicitar a legislação eleitoral para facilitar seu cumprimento se relaciona o princípio da exaustividade do direito eleitoral mexicano, que deve ser observado pelas autoridades eleitorais na expedição de resoluções (OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. Consideraciones sobre los principios y reglas en el derecho electoral mexicano. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Ciudad de México, n. 18, p. 139-165, abr. 2003, p. 154).

<sup>1210</sup> GOMES, Suzana de Camargo. *A Justiça Eleitoral e sua competência*. Op. cit., p. 174 e 222.

<sup>1211</sup> PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*. Op. cit., p. 5.

<sup>1212</sup> DELGADO, José Augusto. A contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 127, p. 109-118, jul./set. 1995, p. 115-116.

Considerando a expedição de instruções pelo Tribunal Superior Eleitoral adequadamente, como ato interno à Administração, não se pode confundi-la com o exercício do poder regulamentar. Admitindo-se esse, ao arripio da Constituição e da lei, há de se, ao menos, reconhecer sua característica de ato normativo vinculado às disposições legais, que deve obediência aos princípios da preferência ou preeminência da lei, da precedência da lei, da complementaridade ou acessoriedade dos regulamentos, do congelamento do grau hierárquico<sup>1213</sup> e da separação entre o “direito da lei” e o “direito dos regulamentos”.<sup>1214</sup>

O regulamento serve para promover a fiel execução das leis, tarefa expressamente relacionada com as instruções do Tribunal Superior Eleitoral. Trata-se de comando inapto a inovar originalmente o ordenamento jurídico, residindo “em lugar subordinado ao ocupado pela lei”.<sup>1215</sup> A própria expressão “fiel execução” demonstra a ênfase na fidelidade, no respeito e na obediência à lei que é imposta ao regulamento e à resolução.

Em decisão na ação direta de inconstitucionalidade 2628-3, o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade da resolução do Tribunal Superior Eleitoral por inadmitir controle “de legalidade do poder regulamentar”. Clèmerson Merlin Clève, no entanto, afirma que o regulamento – e, portanto, a resolução – “pode ofender a Constituição, não apenas na hipótese de edição de normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação de poderes”.<sup>1216</sup>

A função das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, na realidade, é a de facilitar o entendimento e a aplicabilidade da legislação eleitoral, esparsa em diversos diplomas legais,<sup>1217</sup> separando por temas e especificando datas e juízos competentes para a eleição em disputa. Nada mais. Além disso, essa atuação encontra limites. Um deles se refere ao prazo para a edição de resoluções para regulamentar a eleição (até o dia 05 de março do ano

---

<sup>1213</sup> José Joaquim Gomes Canotilho assim explica o princípio do congelamento do grau hierárquico: “Quando uma matéria tiver sido regulada por acto legislativo, o grau hierárquico desta regulamentação fica congelado, e só um outro acto legislativo poderá incidir sobre a mesma matéria, interpretando, alterando, revogando ou integrando a lei anterior” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 780-781).

<sup>1214</sup> Ibid., p. 775-782.

<sup>1215</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. Op. cit., p. 34.

<sup>1216</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 143. O autor defende a “criação de um processo objetivo de controle da legitimidade da normativa regulamentar” (p. 144). Em sua ausência em face das resoluções, com Victor Nunes Leal, “o Supremo Tribunal Federal terá perdido, em parte, seu privilégio de ser o intérprete máximo do direito federal, pois no caso previsto o Tribunal Superior Eleitoral terá dito a última palavra na interpretação de direito federal, sem possibilidade de recurso para o Supremo”. O autor sugere o cabimento de mandado de segurança proposto junto ao próprio Tribunal Superior Eleitoral (LEAL, Victor Nunes. *Funções normativas de órgãos judiciários*. Op. cit., p. 221).

<sup>1217</sup> LACERDA, Paulo José M.; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix da. *O poder normativo da Justiça Eleitoral*. João Pessoa: Sal da Terra, 2004, p. 37.

eleitoral), configurando um marco temporal.<sup>1218</sup> O limite material está determinado pelo ordenamento jurídico eleitoral e o limite formal reside na imposição de que as resoluções sejam exteriorizadas como instruções.<sup>1219</sup>

Outra atividade da Justiça Eleitoral que tem escapado dos limites constitucionais e legais é a resposta a consultas. Essas se justificam, segundo Torquato Jardim, pela necessária celeridade do processo eleitoral, pela necessidade de reduzir conflitos e pela conveniência da previsibilidade legal.<sup>1220</sup> A resposta a consultas não tem caráter vinculante, não cria norma jurídica e não escapa da competência administrativa da Justiça Eleitoral: trata-se de ato enunciativo, em que a Administração expõe sua opinião. Somente a partir dessa configuração se compreende a exclusão do controle da constitucionalidade das consultas.<sup>1221</sup>

Para Roberto Rosas, a resposta à consulta faz lei em relação à parte interessada, tem força normativa e tem nítido caráter político.<sup>1222</sup> Tito Costa aduz que as respostas possuem caráter normativo que “está para a Justiça Eleitoral como a Súmula do Supremo Tribunal Federal está para as decisões deste”.<sup>1223</sup>

Não obstante, a resposta a consultas levou a alterações profundas nas regras do jogo democrático e ao afastamento de dispositivo constitucional expreso. Ainda que o próprio Poder Judiciário faça a leitura constitucionalmente adequada das resoluções e das consultas, na realidade essas manifestações do poder regulamentar da Justiça Eleitoral vêm inovando na ordem jurídica, sem qualquer reação por parte do Supremo Tribunal Federal ou, ainda, sob seu comando.

Foi assim na “verticalização das coligações” e na possibilidade de decretação de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa. Para Jairo Nicolau, essas

---

<sup>1218</sup> Vale ressaltar que nem mesmo esse limite temporal tem sido adequadamente obedecido, em face da edição de resoluções modificadoras após a data limite. Exemplo disso é a Resolução 22.718 de 28 de fevereiro de 2008, que dispunha sobre a propaganda eleitoral e sobre as condutas vedadas aos agentes públicos, modificada posteriormente pelas Resoluções 22.781 (de 05 de maio), 22.829 (de 05 de junho), 22.874 (de 01º de julho), 22.896 (de 14 de agosto), 22.930 (de 10 de setembro), 22.945 (de 29 de setembro) e 22.961 (de 17 de outubro de 2008). Verifica-se que durante todo o período eleitoral, inclusive entre os dois turnos de votação, a regulamentação do Tribunal Superior Eleitoral foi constantemente alterada.

<sup>1219</sup> Esses limites são aludidos por Paulo José M. Lacerda, Renato César Carneiro e Valter Félix da Silva, que, no entanto, se referem aos “limites da atividade legislativa do Tribunal Superior Eleitoral” (LACERDA, Paulo José M., CARNEIRO, Renato César e SILVA, Valter Félix da. Op. cit., p. 80-82).

<sup>1220</sup> JARDIM, Torquato. *Processo e Justiça Eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro*. Op. cit., p. 45. As duas últimas finalidades, no entanto, estão sendo atacadas e não promovidas pelas respostas às consultas.

<sup>1221</sup> Conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na decisão liminar da ação direta de inconstitucionalidade 1805-1: “Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, no que concerne às Resoluções referidas do TSE, em respostas a consultas, porque não possuem a natureza de atos normativos, nem caráter vinculativo”.

<sup>1222</sup> ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. Op. cit., p. 63 e 174-175.

<sup>1223</sup> COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 36.

decisões judiciais provocaram uma judicialização da vida partidária, estatizando a decisão sobre os quadros e as coligações partidárias.<sup>1224</sup>

O artigo 6º da Lei das Eleições (Lei 9.504/97) trata da possibilidade das coligações. A interpretação tomada na eleição de 1998 foi afastada em 2002 por uma consulta ao Tribunal Superior Eleitoral (consulta 715). A partir dessa nova interpretação, dada em 26 de fevereiro de 2006, as coligações que se realizaram neste ano tiveram que obedecer à “verticalização das coligações”.

Essa “interpretação” do Tribunal Superior Eleitoral foi afastada pela Emenda Constitucional 52, de 08 de março de 2006. Essa decisão legislativa, que alcançou consenso qualificado nas duas casas, em duas votações, previa sua aplicação nas eleições de 2006. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, paradoxalmente, declarou inconstitucional esse dispositivo em ação direta de inconstitucionalidade (3685-8). A emenda teve que esperar o prazo do artigo 16 da Constituição. A resolução foi aplicada imediatamente.<sup>1225</sup>

Joel José Cândido sublinha que a menos de quatro meses da realização das convenções já havia tratativas em curso sobre candidatos e vices, bem como pesquisas de intenção de voto a respeito de nomes já cogitados. Houve prejuízo do processo eleitoral com a modificação do entendimento do Tribunal Superior Eleitoral.<sup>1226</sup> Mais do que isso. Como aponta Monica Herman Salem Caggiano, a imposição de verticalização fere a autonomia partidária e é matéria reservada à lei e não ao regulamento.<sup>1227</sup>

André Ramos Tavares defende a “verticalização”, afirmando que é possível deduzir a necessidade de uma simetria entre as coligações a partir do caráter nacional exigido pelo artigo 17 da Constituição e pelo artigo 6º da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95), que permite as coligações “dentro da mesma circunscrição”. Para o autor, reforça-se essa conclusão “se se pretende perseguir uma consistência partidário-ideológica mínima”. E a Emenda Constitucional 52/06 deveria ser declarada totalmente inconstitucional.<sup>1228</sup>

Para Augusto Aras, a atuação do Poder Judiciário na determinação da verticalização das coligações foi medida “de natureza intencionalmente preventiva, ante a possível falta de

---

<sup>1224</sup> NICOLAU, Jairo. *Os desafios dos partidos políticos no Brasil*. Palestra proferida no curso Curto Pensar – SESC-PR, Curitiba, 06 out. 2009.

<sup>1225</sup> Isso demonstra a fragilidade do argumento de Eduardo García de Enterría de afirmar que o poder constituído atua como limite à potestade interpretativa da jurisdição constitucional, podendo afastar uma conclusão inafastável (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983, p. 201).

<sup>1226</sup> CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. Op. Cit., p. 376.

<sup>1227</sup> CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. Op. cit., p. 92.

<sup>1228</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 730-731. O autor afirma que o Supremo Tribunal Federal se autolimitou ao declarar inconstitucional apenas a aplicação imediata da emenda (p. 733).

iniciativa dos parlamentares que, na matéria, têm legislado costumeiramente ‘em causa própria’”.<sup>1229</sup>

As regras relativas à escolha de candidatos e ao registro não podem ser desatreladas do processo eleitoral<sup>1230</sup> – portanto seria necessariamente aplicável o artigo 16 da Constituição à resolução.

Para Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira e Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira, há uma incoerência entre a inexigibilidade de respeito às coligações firmadas nacionalmente nas esferas estaduais – afastada pela Emenda 52/06 – e a imposição de fidelidade partidária, o que revelaria duas visões contrapostas sobre as ideologias partidárias.<sup>1231</sup>

Outro caso exemplar – no sentido de um exemplo a ser denunciado, combatido e evitado – é a eleição da fidelidade partidária como elemento fundamental do sistema brasileiro. Essa escolha deu-se no âmbito de uma consulta ao Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal<sup>1232</sup> referendou a hipótese de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa.

Para “regulamentar” a decisão do Supremo Tribunal Federal a partir da sua resposta à consulta 1398, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 22.610/07.

A Resolução é plenamente inconstitucional. É maculada por vícios de forma e de fundo. Não há ampla defesa<sup>1233</sup> (as ressalvas à perda de mandato são taxativas, há limitação do número de testemunhas e imposição de prazo para a tramitação da ação), impõe-se a modificação do ônus da prova (coerente com a concepção de que o mandato pertence ao

---

<sup>1229</sup> ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda de mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 197.

<sup>1230</sup> Conforme acentua Fávila Ribeiro (RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral brasileiro no caminho da sociedade participativa*. Op. cit., p. 52).

<sup>1231</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua e CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil*. Op. cit., p. 264-265.

<sup>1232</sup> O Supremo Tribunal Federal parece compreender o comando constitucional que lhe atribui o dever de guardar a Constituição como o sobrinho do tio da obra de Joaquim Manoel de Macedo (MACEDO, Joaquim Manoel de. *Memórias do Sobrinho de Meu Tio*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995 [1868]. MACEDO, Joaquim Manuel de. *A carteira do meu tio*. Rio de Janeiro: Record, 2001 [1855]) – guardar no bolso, sem afastar-se materialmente dela, mas sem respeitar seus princípios e disposições. Pois o Supremo Tribunal Federal tem alterado a Constituição. Possivelmente não tanto como o Poder Legislativo, mas, ainda que de modo menos extenso, a mudança promovida pelo Supremo Tribunal Federal é mais grave. Por dois motivos: a alteração do texto constitucional – ou do seu significado – não se dá na arena democrática, pela atuação dos representantes políticos e pelo processo estabelecido pela Constituição, com suas limitações materiais, formais e circunstanciais; e inexistente mecanismo de controle de adequação ao texto constitucional da mudança promovida pela corte suprema.

<sup>1233</sup> Ressalte-se que a ampla defesa na representação por infidelidade partidária era assegurada pela Constituição de 1969, como ressalta Tito Costa. COSTA, Tito. *Infidelidade partidária: conceito e aplicação*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 19, p. 301-304, jan./mar. 1972.

partido, mas incoerente com o desenho constitucional)<sup>1234</sup>, cria-se uma regra de competência da Justiça Eleitoral, ao arrepio da previsão constitucional de lei complementar, que se estende para além da diplomação dos eleitos.

Mas não é apenas por meio da autorização legal para a expedição de instruções ou pela resposta a consultas que o Tribunal Superior Eleitoral (juntamente com o Supremo Tribunal Federal) inova em matéria eleitoral. Na apreciação de casos, constrói normas constitucionais e legais, muitas vezes em flagrante oposição às elaboradas democraticamente. Ou, ainda, por meio de determinação expressa do Supremo Tribunal Federal, como no caso do número de vereadores em todos os municípios brasileiros.

Em uma decisão em recurso extraordinário de uma ação civil pública (RE 197.917), o Supremo Tribunal Federal prescreveu um “critério aritmético rígido” para a determinação do número de vereadores, afirmando que “[d]eixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade”.

O dispositivo constitucional estabelecia a fixação do número de vereadores pela lei orgânica do município, proporcionalmente à população do município, observados os limites de mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; e mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes.

A Lei Orgânica do Município de Mira Estrela previa onze cadeiras, para uma população de um pouco mais de dois mil e seiscentos habitantes. Dentro do limite constitucional, mas, segundo o Supremo Tribunal Federal, sem atender ao princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia e dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da economicidade administrativa. Em controle incidental, o dispositivo municipal foi declarado inconstitucional.

A partir desta decisão e por provocação da Procuradoria-geral Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral edita a Resolução 21.702/04, que determina o número de vereadores em todos os municípios do Brasil. Ou seja, de uma manifestação sobre um caso concreto em que

---

<sup>1234</sup> Possivelmente a Resolução parte da concepção que a desfiliação partidária presumivelmente dá-se sem justa causa e gera – a partir da equivocada leitura constitucional dos ministros do Supremo Tribunal Federal – a perda de mandato. Fica o requerente desta forma desonerado de fazer prova da inexistência de justa causa: ao requerido, o mandatário que se desfilou, é quem deve produzir prova de justa causa que daria permissão para o abandono do partido. Sobre o assunto ver ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, p. 25-60, maio 2006.

não havia clara inconstitucionalidade, o Poder Judiciário resolveu complementar *a contrario sensu* a norma constitucional, aprimorando a construção constituinte e negando regra expressa de competência de um ente federativo.

Nas disposições transitórias, o constituinte estabeleceu a competência dos Tribunais Regionais Eleitorais para determinação do número de vereadores a serem eleitos em 1988. Mas, como bem ressalta Antônio Carlos Mendes, “[o] conteúdo normativo desse preceito exauriu-se com o exercício da mencionada competência”. Para o autor, a estipulação do número de vagas pela Resolução 21.702 do Tribunal Superior Eleitoral a partir dos critérios estipulados pelo Supremo Tribunal Federal não afasta o exercício da função legislativa municipal. “Entretanto, no exercício dessa função legislativa, o Município deve observar os critérios de aferição da proporcionalidade, previstos em princípios e preceitos constitucionais, com o significado que lhes deu a interpretação do colendo STF”.<sup>1235</sup>

Alberto Rollo aponta a inconstitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal, com a aplicação da tabela inclusive em cidades onde havia decisões, transitadas em julgado, em favor das Câmaras Municipais.<sup>1236</sup>

Não foi preciso que as leis orgânicas constitucionalizassem supervenientemente a decisão do Supremo Tribunal Federal e a resolução do Tribunal Superior Eleitoral, adequando o exercício de sua competência constitucional autônoma à leitura particular dos ministros. O poder de reforma da Constituição alterou o artigo 29, reestabelecendo a competência constitucional para a sua determinação, com a indicação de parâmetros mais estreitos, indicados em vinte e quatro alíneas.<sup>1237</sup>

---

<sup>1235</sup> MENDES, Antônio Carlos. Representação proporcional (estudo de um caso). In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89-102, p. 91 e 96.

<sup>1236</sup> ROLLO, Alberto. Convenções partidárias e registro de candidatos. In: \_\_\_\_\_. (Org.) *Elegibilidade e inelegibilidade*. Caxias do Sul: Plenum, 2008, p. 15-39, p. 39.

<sup>1237</sup> Art. 29. “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de: (Redação dada pela Emenda Constitucional 58/09): a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes; b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes; c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes; d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes; e) 17 (dezessete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes; f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes; g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes; h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes; i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes; j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes; k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de

Alega-se que a intervenção do Poder Judiciário na definição de regras jurídicas dá-se pela indolência do Poder Legislativo em cumprir sua função principal. Tal argumento, que encontra fácil abrigo em qualquer discurso antidemocrático e também é utilizado para justificar a atuação legislativa do Poder Executivo, contraria todo o regime representativo.<sup>1238</sup>

Ao se criticar tal postura, não se faz aqui, no entanto, uma defesa do caráter dos legisladores e da qualidade de sua representação. Afirma-se, ao contrário, que o descumprimento do dever de legislar retira a possibilidade de controle social do cumprimento do mandato do parlamentar, determinante para a configuração de uma república democrática. A subtração de determinadas matérias do debate político, no entanto, importa igual afastamento do controle popular, com a tomada de decisão por agentes não eleitos e não controlados por agentes eleitos.<sup>1239</sup>

O que não se pode aceitar é uma total judicialização da vida política, como que considerando que “os tribunais constitucionais e os outros tribunais são a última etapa do

---

750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes; l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes; m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes; n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes; o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes; p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes; q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes; r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes; s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes; t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes; u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes; v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes; w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes.”

<sup>1238</sup> Vale aqui trazer duas frases de Edmund Burke: “*Espero que si es nuestra libertad la que ha debilitado el ejecutivo no haya un plan de pedir ayuda al despotismo para llenar las deficiencias del derecho*”. “*Es una parte no depreciable de la prudencia el saber qué cantidad de mal debe tolerarse para no correr el riesgo, al intentar conseguir un grado de pureza impracticable en épocas de costumbres degeneradas, de que en vez de cortar las malas prácticas existentes, se puedan producir nuevas corrupciones para ocultar y asegurar las antiguas*” (BURKE, Edmund. Pensamientos sobre las causas del actual descontento. In: \_\_\_\_\_. *Textos políticos*. Tradução: Vicente Herrero. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1942 [1770], p. 259-293, p. 262-263 e 283). E, ainda, a ressalva de Gilberto Amado: “Convém não esquecer que em política a idéia de perfeição é uma idéia criminosa que deve ser combatida como um dos maiores males que podem afligir os povos. O que se deve procurar é um justo equilíbrio, o menor mal entre os males, pois os homens não encontraram ainda o meio de realizar, na coexistência social, o paraíso terrestre” (AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999 [1931], p. 28-29).

<sup>1239</sup> Como ressalta John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 132 e 134). O autor traz uma citação de Appleby: “[T]aking things out of politics’ [means] taking things out of popular control. This is a frequent device of special-interest groups to effect the transfer of governmental power away from the large public to the special-interest small publics” (p. 242, n 91).

aperfeiçoamento político”, como ressalta José Joaquim Gomes Canotilho.<sup>1240</sup> Os legisladores se deram conta dessa interferência indevida e, por meio de uma norma jurídica, estabeleceram, de maneira acaciana e conceitualmente equivocada, que a competência do Tribunal Superior Eleitoral para editar instruções tem caráter regulamentar e não pode restringir direitos ou estabelecer sanções não previstas em lei. E foi além: impôs a participação dos partidos.<sup>1241</sup>

O cuidado do legislador não é excessivo. Vale lembrar o aviso do compadre Paciência, o ético cidadão da obra de Joaquim Manuel de Macedo: “Estou vendo que mais dia menos dia querem que se mande arrear o estandarte auriverde, e que se levante no pau do morro do Castelo uma beca por bandeira nacional!”.<sup>1242</sup>

---

<sup>1240</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. [Anais de teleconferência]. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 26. O autor aduz que os juristas se posicionam nas questões ao lado do legislador, do juiz ou do chefe do Poder Executivo. E afirma: “em princípio, sou amigo do legislador, porque nele identifico a democracia, o agente conflitual e transformador” (p. 47). Na mesma discussão, Gilberto Bercovici se opõe ao “positivismo jurisprudencial” (expressão que atribui a Pedro de Vega García), afirmando que “não podemos achar que as soluções serão alcançadas pelo Judiciário, limitando o Direito Constitucional às decisões judiciais. Não será deixando que o tribunal resolva, já que o Executivo não quis, ou o Legislativo não quis, que eu acredito que nós vamos resolver ou refletir melhor sobre as questões constitucionais” (BERCOVICI, Gilberto. [Anais de teleconferência]. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 78).

<sup>1241</sup> A Lei 12.034/09 inclui o artigo 105 da Lei das Eleições, com a seguinte redação: “Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos.”

<sup>1242</sup> MACEDO, Joaquim Manuel de. *A carteira do meu tio*. Op. cit., p. 169. Para uma análise sobre a obra de Joaquim Manuel de Macedo e seu olhar sobre o Império brasileiro, ver LOPES PEREIRA, Luis Fernando. Joaquim Manuel de Macedo: Uma luneta mágica sobre a cultura político-jurídica do Império. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). *História do Direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 331-350.

## CONCLUSÃO

O texto constitucional brasileiro de 1988 permite, a partir de seus dispositivos sistematicamente compreendidos, identificar cinco princípios estruturantes do Direito Eleitoral, princípios que, em um sentido jurídico tradicional do termo, devem ser os balizadores da elaboração e da interpretação das normas jurídicas a eles relacionadas, bem como critérios de validade das decisões judiciais que lhes tangenciam.

Fez-se nessa pesquisa uma análise das escolhas fundamentais que marcam a configuração do Estado brasileiro a partir da Carta de 1988. Algumas opções tomadas pelos constituintes não coincidem, teoricamente, com “o melhor desenho” para as instituições políticas e para a democracia brasileira. Mas são decisões estruturantes, que impõem o reconhecimento de sua legitimidade e a observância dos princípios que delas derivam.

Não se propõem alterações nos valores, nos princípios e nas regras da Constituição, ao menos em relação ao seu texto original. Mesmo a teoria mais frágil do poder constituinte reconhece a intangibilidade do núcleo fundamental da Carta na sua manifestação originária. O próprio Supremo Tribunal Federal assim se manifestou, ainda que, posteriormente, tenha ofendido o texto original da Constituição provocando uma mutação inconstitucional.

Assim, uma alegada incoerência ou “ilogicidade” do sistema eleitoral não pode ser afastada, seja por atuação do poder de reforma, seja – ainda menos – por uma construção jurisdicional. Aquele pode um tanto, mas não pode tudo; pode reformar a Constituição em suas regras, mas não, atingir seus princípios estruturantes, as escolhas fundamentais, sob pena de substituir o poder constituinte. O Poder Judiciário deve proteger e guardar a Constituição, não modificá-la, não “aprimorá-la”.<sup>1243</sup>

Os princípios constitucionais eleitorais se desenvolvem em imposições e proibições ao legislador, ao magistrado e ao cidadão. O princípio da autenticidade eleitoral pressupõe a existência de um sistema de verificação de poderes e uma eleição limpa, bem como a previsão – exclusivamente pela Constituição – de condições de elegibilidade e, somente em lei complementar, de hipóteses de inelegibilidade. A liberdade para o exercício do mandato, decorrente da noção de representação política, impede instruções aos representantes, seja pelo eleitorado, seja pelo partido político. Não permite, ainda, a perda de mandato por infidelidade partidária, no contexto específico da Constituição brasileira vigente.

---

<sup>1243</sup> Vale ressaltar: “O que desarranja um sistema político democrático é precisamente aquilo que o transcende, dificilmente o que o põe em funcionamento” (SANTOS, Wanderley Guilherme. *Governabilidade e democracia natural*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 151).

O sistema eleitoral proporcional brasileiro é adequado ao princípio constitucional da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas, pois possibilita o direito de oposição e a formação plural dos Paramentos. Sua substituição por um sistema majoritário é francamente inconstitucional, bem como sua mitigação por uma cláusula de desempenho e por uma distribuição desarrazoadamente desigual do fundo partidário e do direito de antena. Derivação direta do princípio republicano, a máxima igualdade na disputa eleitoral – também princípio constitucional estruturante do Direito Eleitoral – leva a um controle da propaganda, da atuação dos agentes públicos e do financiamento de campanhas e, ainda, impõe uma coibição efetiva dos abusos no período eleitoral.

Finalmente, o princípio da legalidade reveste-se de características específicas no âmbito eleitoral. Não há espaço para a regulamentação para além da arena parlamentar, constituída conforme a noção de democracia deliberativa da Constituição de 1988. Não há amparo constitucional para as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral para além das instruções, devidamente compreendidas. E as normas jurídicas eleitorais, todas elas, devem obediência ao princípio da anterioridade constitucional eleitoral.

A leitura dos princípios estruturantes do Direito Eleitoral sob as lentes da Constituição pode apontar algumas aparentes contradições. Como combinar o princípio da liberdade para o exercício do mandato com a imposição da composição proporcional das casas legislativas e com a distribuição das cadeiras aos partidos políticos, é um exercício para o legislador, sempre nos limites delineados pelos princípios, sem que ao Poder Judiciário caiba afastar um dos princípios em nome do outro.

Ao Poder Judiciário cabe realizar a Constituição, outorgá-la efetividade, para que ela funcione “de boa-fé”.<sup>1244</sup> E aos juristas, mais ainda no campo eleitoral onde raream, impõe-se a tarefa de lutar pela preservação dos princípios constitucionais, pela segurança jurídica, pela certeza das regras do jogo, pela democracia e pela República.

---

<sup>1244</sup> CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais*: Princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França. Tradução: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989 [1815], p. 136.

## REFERÊNCIAS

- ABAL MEDINA, Juan. *La muerte y la resurrección de la representación política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- ACCARINO, Bruno. *Rappresentanza*. Bologna: Il Mulino, 1999.
- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do Direito Constitucional. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006 [1991].
- \_\_\_\_\_. ¿Um neofederalismo? In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988]. p. 176-216.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGUILERA DE PRAT, Cesareo R. Problemas de la democracia y de los partidos en el Estado social. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, n. 67, p. 93-123, ene./mar. 1990.
- ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, New York, n. 3, p.572-581, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 [1986].
- ALMEIDA, Alberto Carlos. As sondagens de opinião. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004. p. 343-355.
- AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999 [1931].
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMORIM, Paulo Henrique; PASSOS, Maria Helena. *Plim plim: a peleja de Brizola contra a fraude eleitoral*. 3. ed. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2005.
- ANASTASIA, Fátima; MELO, Carlos Ranufo; SANTOS, Fabiano. *Governabilidade e representação política na América do Sul*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006
- ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 8, v. 24, p. 9-45, sep./dec. 1985.

ARAGÓN REYES, Manuel; LÓPEZ, José Luis. Revocatoria del mandato. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000. p. 1141-1146.

ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda de mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 143, jul./set., p.5-14, 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, p. 25-60, maio 2006.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ASSIS BRASIL, J-F. de. *Democracia representativa: do voto e do modo de votar*. Paris: Guillard, 1895.

ATALIBA, Geraldo. Eficácia dos princípios constitucionais – República – Periodicidade e alternância – Reeleição das mesas do Legislativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 55-56, p. 166-170, jul./dez. 1980.

\_\_\_\_\_. *A lei complementar na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

\_\_\_\_\_. Mudança da Constituição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 86, p. 181-186, abr./jun. 1988.

\_\_\_\_\_. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

AVELAR, Lúcia. Participação política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004. p. 223-235.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AYALA, Bernardo Diniz de. O direito de antena eleitoral. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1. p. 573-653.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Poderes da República e sua relação no ordenamento jurídico brasileiro*. Conferência de abertura. XXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Florianópolis, 21 out. 2009.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Tradução: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1985 [1959].

BALERA, Wagner. O princípio fundamental da promoção do bem de todos. In: VELLOSO, Carlos Mários da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais*. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005. p. 989-998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Considerações em torno dos princípios hermenêuticos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 21, p. 141-147, jul./set. 1972.

\_\_\_\_\_. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, p. 5-14, 1997.

\_\_\_\_\_. Representatividade e democracia. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coords.). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 41-53.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo: Introdução*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007 [1979]. v. 1.

BANDUCCI, Susan A.; KARP, Jeffrey A. How elections change the way citizens view the political system: campaigns, media effects and electoral outcomes in comparative perspective. *British Journal of Political Science*, Colchester, v. 33, p. 443-467, jul. 2003.

BAPTISTA, Eduardo Correia. A soberania popular em Direito Constitucional. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996.v. 1. p. 481-513.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O abuso do poder econômico nas constituições brasileiras. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 71, p. 57-81, jul. 1990.

\_\_\_\_\_. A teoria geral do Direito Eleitoral e seus reflexos no Direito Eleitoral brasileiro. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1997. v. 2. p. 477-530.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Lauro. *Escrúpulo e poder: o abuso de poder nas eleições brasileiras*. Bauru: Edipro, 1995.

\_\_\_\_\_. *Ficha suja e impugnação de candidatura*. Bauru: Edipro, 2008.

\_\_\_\_\_. *Investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo*. Bauru: Edipro, 1999.

\_\_\_\_\_. *Manual de propaganda eleitoral*. Bauru: Edipro, 2000.

\_\_\_\_\_. *Reeleição e continuísmo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327-378.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BENJAMIN, Walter. Per la critica della violenza. In: SOLMI, Renato (a cura di) *Angelus Novus*. Saggi e frammenti. Torino: Einaudi, 1995 [1920]. p. 5-30.

BERCOVICI, Gilberto. [Anais de teleconferência]. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIGNOTTO, Newton. Humanismo cívico hoje. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000. p. 49-69.

BISPO, Charles Emerson. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Leme: LED Editora de Direito, 2004.

BITENCOURT, Antônio Carlos dos Santos. Três aspectos polêmicos da legislação eleitoral. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 89, p. 157-164, jan./mar. 1989.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000 [1984].

\_\_\_\_\_. *Teoria geral da política: A filosofia política e a lição dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 520-549.

\_\_\_\_\_. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67-88.

\_\_\_\_\_. A salvaguarda da democracia constitucional. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 245-260.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONIFÁCIO, José. A Reforma do Poder Legislativo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 20, p. 23-38, jan. 1966.

BORBA, Dalton José. *Iniciativa popular de emenda constitucional no Brasil*. Curitiba, 2002. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

BORN, Rogério Carlos. O Direito Eleitoral Militar. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 57, jul/2005. Disponível em: [http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo\\_impreso.php?cod\\_texto=211](http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impreso.php?cod_texto=211). Acesso em: 03 out. 2009.

BOURDIEU, Pierre. A opinião pública não existe. In: THIOLENT, Michel. *Crítica Metodológica, investigação social e enquete operária*. São Paulo: Polis, 1981. p. 137-151.

\_\_\_\_\_. A representação política. Elementos para uma teoria do campo político. In:\_\_\_\_\_. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 163-207.

BRAZ, Petrônio. *Eleições municipais 2008*. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

BRINDEIRO, Geraldo. A democracia e as reformas políticas. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 nov. 2000, A3.

BRITTO, Carlos Ayres. *Democracia como princípio, meio e fim*. Palestra proferida na Jornada jurídica em homenagem ao professor Jorge Miranda: os 20 anos da Constituição Brasileira de 1988, Brasília, 03 out. 2008.

\_\_\_\_\_. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: ZNT, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRITTO, Luiz Navarro. O mandato imperativo partidário. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 56, p. 147-153, jan. 1983.

\_\_\_\_\_. A representação proporcional". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 19, p. 237-255, jul. 1965.

BUGALHO, Gustavo Russignoli. *Direito eleitoral*. Leme: J H Mizuno, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Tradução: Ramón Falcón Tello. Madrid: Editora Nacional, 1981 [1977].

\_\_\_\_\_. *Manuel de Droit Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948.

BURKE, Edmund. Discurso a los electores de Bristol. In: \_\_\_\_\_. *Textos políticos*. Tradução: Vicente Herrero. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1942 [1774]. p. 309-314.

\_\_\_\_\_. A Letter to Sir Hercules Langrishe on the subject of the roman catholics of Ireland (extract). Disponível em: [www.ourcivilisation.com/smartboard/shop/burkee/extracts/chap18.htm](http://www.ourcivilisation.com/smartboard/shop/burkee/extracts/chap18.htm). Acesso em: 16 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Pensamientos sobre las causas del actual descontento. In: \_\_\_\_\_. *Textos políticos*. Tradução: Vicente Herrero. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1942 [1770]. p. 259-293.

CAENEGEM, Raoul C. van. *I sistemi giuridici europei*. Tradução: Emmanuela Bertucci. Bologna: Il Mulino, 2003.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. Barueri: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. Partidos políticos na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 94, p. 141-145, abr./jun.1990.

CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato parlamentar*. Aquisição e perda antecipada. São Paulo: Atlas, 2005.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11. ed. Bauru: Edipro, 2004.

\_\_\_\_\_. *Inelegibilidades no Direito Brasileiro*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

CÂNFORA, Luciano. *Crítica da retórica democrática*. Tradução: Valéria Silva. São Paulo: Estação Liberdade, 2007 [2002].

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. [Anais de teleconferência]. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1. p. 871-887.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARDOSO, Sérgio. Notas sobre a tradição do ‘governo misto’. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000. p. 27-48.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARRION, Eduardo Machado. Partidos políticos e organização partidária. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990. p. 132-137.

CARVALHO, João Fernando Lopes de. Inelegibilidades constitucionais. In: ROLLO, Alberto (Org.). *Elegibilidade e inelegibilidade*. Caxias do Sul: Plenum, 2008. p. 81-144.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CARVALHO NETTO, Menelick. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 215-232.

\_\_\_\_\_. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003.

CASTRO, Mônica Mata Machado de. Eleitorado brasileiro: composição e grau de participação. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004. p. 285-294.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição constitucional: um poder constituinte permanente?. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Estudos em homenagem a José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 67-91.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral: Direito Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 2.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CHARTIER, Roger. *A história cultural: entre práticas e representações*. Tradução de Maria Manuela Galhardo. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995.

\_\_\_\_\_. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Direito e discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 161-171.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira. (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 49-60.

\_\_\_\_\_. *O Direito em relação: Ensaio*. Curitiba: Gráfica Veja, 1983.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. Palestra proferida na Semana Acadêmica do Centro Acadêmico Hugo Simas – UFPR, Curitiba, 17.set. 2008.

\_\_\_\_\_. *Fidelidade partidária: estudo de caso*. Curitiba: Juruá, 1998.

\_\_\_\_\_. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Medidas provisórias*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CLÈVE, Clèmerson. Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da ESMESC*, Florianópolis, v. 12, p. 17-26, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 231-243.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Eleições: Abuso de poder*. Brasília: Ed. Autor, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Emenda e revisão na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 125-128, jan./mar. 1990.

\_\_\_\_\_. Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 17, p. 220-228, 1997.

COMPARATO, Maria Lúcia F. Fidelidade Partidária. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 96, p. 283-284, out./dez. 1990.

CONDE, Enrique Alvarez. Los principios del derecho electoral. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 9, p. 9-37, may./ago. 1991.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*, Porto Alegre, n. 2, p. 9-25, 1985 [1819]. Disponível em: [caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf](http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf). Acesso em: 19 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. *Princípios políticos constitucionais*: Princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França. Tradução: Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989 [1815].

COSTA, Adriano Soares da. *Inabilitação para mandato eletivo*: aspectos eleitorais. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1998.

\_\_\_\_\_. Inelegibilidade cominada por rejeição de contas: a criatividade judicial por meio da edição de Resoluções do TSE. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luis (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 61-82.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006.

\_\_\_\_\_. Diritti. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di) *Lo Stato moderno in Europa*. Roma: Laterza, 2004. p. 37-57.

\_\_\_\_\_. Elezioni, partecipazione, cittadinanza: un'introduzione storica". *La cittadinanza elettorale. IX Convegno internazionale della S.I.S.E.*, Firenze, 2006. Disponível em: <http://ius.regione.toscana.it/elezioni/Documenti/IXConvegnoSISE/Costa.pdf>. Acesso em: 18 out. 2009.

\_\_\_\_\_. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs). *O Estado de Direito*: História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198.

COSTA, Tito. Infidelidade partidária: conceito e aplicação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 19, p. 301-304, jan./mar. 1972.

\_\_\_\_\_. Natureza jurídica do partido político no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 81-90, jul./set. 1967.

\_\_\_\_\_. *Recursos em matéria eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

COTOSKY, Alessandra Anginski. Corrupção eleitoral passiva e o princípio da insignificância. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 52, abr. 2004. Disponível em: [www.paranaeleitoral.gov.br/artigo\\_impresso.php?cod\\_texto=185](http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=185). Acesso em: 05 out. 2009.

COTTA, Maurizio. Representação política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de política*. 12. ed. Tradução: Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002 [1983]. p. 1101-1107.

CRUZ VILLALON, Pedro. Legislación Electoral y circunstancias excepcionales: la igualdad de oportunidades de los partidos en las primeras elecciones generales de la nueva R. F. A.

(Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 29 de septiembre de 1990). *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 10, v.30, p. 129-132, sep./dic. 1990.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

CUNHA, Alcides Munhoz da. Justiça Eleitoral e autenticidade do sistema representativo. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 33, p. 23-33, jul. 1999.

CUNHA, André Luiz Nogueira da. *Direitos políticos: representatividade, capacidade eleitoral e inelegibilidades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é um princípio. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 261-276.

\_\_\_\_\_. Reeleição do Presidente da República. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 201-209, 1996.

DALMORO, Jefferson; FLEISCHER, David. Eleição proporcional: os efeitos das coligações e o problema da proporcionalidade. In: KRAUSE, Silvana; SCHMITT, Rogério (Orgs.). *Partidos e coligações eleitorais no Brasil*. São Paulo: Editora da Unesp, 2005. p. 85-113.

DANTAS, Sivanildo de Araújo. *Direito eleitoral: teoria e prática do procedimento das eleições brasileiras*. Curitiba: Juruá, 2004.

D'ATENA, Antonio. Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1. p. 437-456.

DELGADO, José Augusto. A contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 127, p. 109-118, jul./set. 1995.

D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. Hannah Arendt and the idea of citizenship. In: MOUFFE, Chantal (Ed.). *Dimensions of radical democracy*. London: Verso, 1992. p. 145-168.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução: Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999 [1957].

DUGUIT, León. *La transformación del Estado*. 2. ed. Tradução: Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltrán, [1909].

DULCI, Otávio Soares. As elites políticas. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004. p. 237-247.

DURÁN BARBA, Jaime. Encuestas electorales. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000. p. 481-499.

DUSO, Giuseppe. *La rappresentanza politica*. Genesi e crisi del concetto. 2. ed. Milano: FrancoAngeli, 2003.

DUVERGER, Maurice. Esquisse d'une théorie de la représentation politique. In: *L'EVOLUTION du Droit Public*. Études offertes à Achille Mestre. Paris: Sirey, 1956. p. 211-220.

\_\_\_\_\_. *Os grandes sistemas políticos: Instituições Políticas e Direito Constitucional – I*. Tradução: Fernando Ruivo e Fernando Augusto Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1985 [1980].

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Justice in Robes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1978].

\_\_\_\_\_. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Tradução: Julio Montero y Alfredo Stolarz. Buenos Aires: La isla de la luna, 2003 [1980/1990].

\_\_\_\_\_. *O império do Direito*. 2. ed. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Direito fundamental como oposição política: discordar, fiscalizar e promover alternância política*. Curitiba: Juruá, 2006.

ENZWEILER, Romano José. *Dimensões do sistema eleitoral: o distrital misto no Brasil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Defesa da Constituição, cortes supremas e Estado social democrático. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, a.2, n. 3, p. 102-107, abr. 2007.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 3. ed, rev. São Paulo: Globo, 2001 [1957].

FARIAS, Paulo José Leite. Mutação constitucional judicial como mecanismo de adequa o da Constitui o Econ mica   realidade econ mica. *Revista de Informa o Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 133, p. 213-231, jan./mar. 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. Tradu o: Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-29.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participa o do cidadão. In: GARCIA, Maria (Org). *Democracia, hoje*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 209-256.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 [1978].

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: O poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. *Processos informais de mudança da Constitui o*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infra o administrativa*. Belo Horizonte: F rum, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários   Constiui o Brasileira*. 5. ed., rev. e atual. S o Paulo: Saravia, 1984.

FICHTNER, Jos  Antonio. *Impugna o de mandato eletivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne*. Le libert  fondamentali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1995.

\_\_\_\_\_. *Costituzione e popolo sovrano: La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2004.

\_\_\_\_\_. *Stato e costituzione: Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 1993.

FISS, Owen M. El efecto silenciador de la libertad de expresión. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* [Instituto Tecnológico Aut nomo de México], Ciudad de México, n. 4, p. 17-27, abr.1996.

\_\_\_\_\_. Free speech and social structure. *Yale Law School*. 1986. Disponível em: [www.law.yale.edu/faculty/fisspublications.htm](http://www.law.yale.edu/faculty/fisspublications.htm). Acesso em: 20 maio 2009.

\_\_\_\_\_. The Supreme Court and the problem of hate speech. *Capital University Law Review*, v. 24, n. 2, p. 281-291, 1995.

FLEISCHER, David. Os partidos políticos. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Ant nio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdu o*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004. p. 249-283.

FLEISCHER, David; BARRETO, Leonardo. Reformas políticas y democracia en Brasil. In: ZOVATTO, Daniel; HENRÍQUEZ, J. Jesús Orozco (Coord.). *Reforma política y electoral en*

*América Latina (1978-2007)*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México e Idea Internacional, 2008. p. 315-352.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Seguridad, Territorio, Población*. Tradução: Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: José SAMPAIO, Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional: Estudos em homenagem a José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47-65.

GARCIA, Maria. Democracia e o modelo representativo. In: GARCIA, Maria (Org.). *Democracia, hoje*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 41-82.

\_\_\_\_\_. *Desobediência civil: Direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. *A República no Brasil*. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização / Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo; PALOMINO MANCHEGO, José F. Barrera electoral. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000. p. 97-101.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1996 [1986].

GARGARELLA, Roberto. *Aula magna*. Proferida na Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, 02 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo, democracia e poder judiciário*. Ciclo de palestras proferidas no Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR, Curitiba, 02 e 03 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. *Crisis de la representación política*. Ciudad de México: Fontamara, 1997.

\_\_\_\_\_. *El derecho a la protesta*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

\_\_\_\_\_. Uma disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el 'constitucionalismo popular' frente a la teoría de Carlos Nino. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F.(Coords.). *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires: La Ley, 2008. p. 203-218.

\_\_\_\_\_. Introducción. In:\_\_\_\_\_. (Comp.). *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 11-30.

\_\_\_\_\_. *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

\_\_\_\_\_. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [1999].

GARRORENA MORALES, Angel. *Representación política y Constitución democrática*. Madrid: Civitas, 1991.

GOMES, Jairo José. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES, Suzana de Camargo. *A Justiça Eleitoral e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GONÇALVES, Guilherme de Salles. A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o 'dever' de respeito às posturas municipais. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luis (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 205-241.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Tradução: Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991 [1949].

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GREPPI, Andrea. Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino. In: ROSENKRANTZ, Carlos; VIGO, Rodolfo L. (Comp.). *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*. Ciudad de Mexico: Fontamara, 2008. p. 229-259.

GROSSI, Paolo. *Mitologie Giuridiche della Modernità*. Milano: Giuffrè, 2001.

\_\_\_\_\_. Il costituzionalismo moderno fra mito e storia. *Giornale di Storia costituzionale* [storia, giustizia, costituzione – per i cinquant'anni della costituzionale], Macerata, n. 11, p. 25-52, 1 sem. 2006.

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

HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional e o futuro da democracia. In: \_\_\_\_\_. *A Constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. Tradução: Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 75-142.

\_\_\_\_\_. O Estado nacional europeu – sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade. In: \_\_\_\_\_. *A Inclusão do outro*. Estudos de teoria política. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004 [1996]. p. 127-151.

\_\_\_\_\_. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984 [1961].

\_\_\_\_\_. Uma visão genealógica do teor cognitivo da moral. In: \_\_\_\_\_. *A Inclusão do outro*: Estudos de teoria política. Tradução: Paulo Astor Soethe e George Sperber. São Paulo: Loyola, 2004 [1996]. p. 13-62.

HAGUETTE, Teresa Maria Frota. Cidadania: o direito à oposição e o sistema de partidos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 78/79, p. 65-102, jan./jul. 1994.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2001.

\_\_\_\_\_. *Multidão*. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HART, Herbert L. A. Pós-escrito. In: \_\_\_\_\_. *O conceito de Direito*. 4. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1994]. p. 299-339.

HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Tradução: Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

HEREDIA, Beatriz Maria Alasia de. Entre duas eleições. Relação político-eleitor. In: \_\_\_\_\_ et al. (Org.). *Como se fazem eleições no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 17-38.

HERRERA FLORES, Joaquin. Democracia, Estado y Derecho. Hacia un marco alternativo de estudios jurídicos. *Teia Jurídica* 2000. Disponível em: [www.teiajuridica.com](http://www.teiajuridica.com). Acesso em: 25 ago. 2000.

HESPANHA, António Manuel. *O constitucionalismo monárquico português. Breve síntese*. Disponível em: [www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_MA\\_3904.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_3904.pdf). Acesso em: 22 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. *Justiça e Democracia: que perigos vemos hoje para a Justiça democrática*. Palestra proferida no Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR, Curitiba, 05 maio 2009.

\_\_\_\_\_. *O liberalismo do Estado liberal: o exemplo português do constitucionalismo monárquico (1800-1910 – confrontos com o Brasil)*. Curso da Escola de Altos Estudos – CAPES, realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR, Curitiba, 16 mar. a 05 maio 2009.

\_\_\_\_\_. *Será que a Democracia e a Constituição ainda são o que eram? Como se realizam os consensos básicos nas sociedades de hoje.* Palestra proferida no Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR, Curitiba, 05 set. 2008.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* 20. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. *Escritos de Derecho Constitucional.* Seleção, tradução e introdução: Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992 [1966/1959/1974].

HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites.* Tradução: Maria Luiz X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

HOFMANN, Hasso. *Rappresentanza – rappresentazione.* Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento. Tradução: Claudio Tommasi. Milano: Giuffrè, 2007 [2003].

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia.* Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988]. p. 217-262.

\_\_\_\_\_. Las reglas mordaza o la política de omisión. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia.* Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988]. p. 49-88.

HORN, Carlos Henrique. Negociações coletivas e o poder normativo da Justiça do Trabalho. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 417-445, 2006.

HORTA, Raul Machado. Normas centrais da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 135, p. 175-178, jul./set. 1997.

JARDIM, Torquato. A representação eleitoral em face da Constituição e da Lei Geral das Eleições. *ANAIS do Primeiro Congresso Centro-Sul de Direito Eleitoral.* Campo Grande: Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul, 1998. p. 201-215.

\_\_\_\_\_. Processo e Justiça Eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 119, p. 25-46, jul./set. 1993.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución.* Tradução: Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906].

JOBIM, Nelson. Câmara dos Deputados como assembléia dos estados - voto distrital misto. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 98, , p. 108-110, abr./jun. 1991.

\_\_\_\_\_. Partidos políticos e organização partidária. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral.* Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990. p. 138-147; 169-172.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução: Ivone Castilho Benedetti et alii. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1955].

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003 [1928].

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1945].

KNOERR, Fernando Gustavo. *O direito de resposta na propaganda eleitoral*. Curitiba, 1998. 226f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. *Fidelidade partidária: o controle ético no exercício do mandato*. Curitiba, 2002. 305f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

LACERDA, Paulo José M.; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix da. *O poder normativo da Justiça Eleitoral*. João Pessoa: Sal da Terra, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução: M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 2001 [1979].

LASCOMBE, Michel. *Droit constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République*. Paris: L'Harmattan, 1992.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

\_\_\_\_\_. Funções normativas de órgãos judiciários. In: \_\_\_\_\_. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960 [1946]. p. 179-222.

\_\_\_\_\_. Lei e Regulamento. In: \_\_\_\_\_. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960 [1945]. p. 57-91.

LEMBO, Cláudio. *Participação política e assistência simples no Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. São Paulo, 2006. 249f. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. In: VELLOSO, Carlos Mários da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005. p. 375-384.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. *Instituições políticas democráticas: o segredo da legitimidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. Da renúncia no direito público. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 9, p. 168-176, jul. 1960.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976 [1961].

LOPES PEREIRA, Luis Fernando. Joaquim Manuel de Macedo: Uma luneta mágica sobre a cultura político-jurídica do Império. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). *História do Direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 331-350.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito, 2006.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme: Imperium, 2008.

MACEDO, Joaquim Manoel de. *Memórias do Sobrinho de Meu Tio*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995 [1868].

\_\_\_\_\_. *A carteira do meu tio*. Rio de Janeiro: Record, 2001 [1855].

MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Partidos políticos: propaganda eleitoral. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 82, p. 174-178, abr./jun. 1987.

MACKENZIE, W. J. M. *Elecciones libres*. Madrid: Editorial Tecnos, 1962 [1958].

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *A Constituição Federal de 1967 comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. 2.

MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*. Tradução: José Li3n Depetre. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Econ3mica, 2001 [1922].

MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Tradução: Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1998 [1995].

MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 7, p. 423-514, 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisdicional na ‘sociedade órfã’. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000 [1989].

MEDINA OS3RIO, Fáb3o. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELO, Celso Ranulfo. Sistema partidário, presidencialismo e reforma política no Brasil. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (Orgs.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 157-175.

MELO, José Tarcízio de Almeida. Questões polêmicas na Justiça Eleitoral: fidelidade partidária, direitos das coligações, duplicidade de filiação, propaganda extemporânea e vida pregressa desabonadora. *Revista de doutrina e jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, p. 11-34, 2008.

MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamentos do Estado de Direito. *Raízes jurídicas*, Curitiba, v.1, n.1, p. 149-158, jul./dez. 2005.

MENDES, Antônio Carlos. Representação proporcional (estudo de um caso). In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89-102.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008.

MEYNAUD, Jean. *Sistemas eleitorais*. Brasília: Projeto Rondon, [1980?].

MEZZARROBA, Orides. Gramsci e a hegemonia. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Gramsci e as relações internacionais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 7-26.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea. In: \_\_\_\_\_. *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 59-101.

\_\_\_\_\_. O partido político no Brasil: princípios constitucionais balizadores para criação e funcionamento. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luis (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 45-60.

\_\_\_\_\_. *O Partido Político no Brasil: teoria, história, legislação*. Joaçaba: UNOESC, 1995.

MICHELMAN, Frank I. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral: análise panorâmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MIGUEL, Luís Felipe. Mídia e opinião pública. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004. p. 331-341.

MILL, John Stuart. *Governo Representativo*. Tradução: E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964 [1861].

MINGHELLI, Marcelo. *O Orçamento Participativo na Construção da Cidadania*. Curitiba, 2004. 131f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. *Estado e Orçamento: uma cartografia jurídico-política para a consolidação de um orçamento democrático*. Curitiba, 2009. 216f. Tese (Doutorado em Direito do Estado), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONIZ FREIRE, José de Mello Carvalho. *O voto secreto*. Rio de Janeiro: Gráfica Laemmert, 1961 [1910].

MONTUFAR, Cesar. Antipolítica, representación y participación ciudadana. *Ecuador Debate*, Quito, n. 62, ago. 2004. Disponível em: [www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm](http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm). Acesso em: 03 mar. 2009.

MORAES FILHO, José Filomeno. O processo partidário-eleitoral no Brasil: a literatura revisitada. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 86, p. 49-84, jan. 1998.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, n. 11, ago./out. 2007. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp). Acesso em: 10 jan. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios constitucionais fundamentais – uma digressão prospectiva. In: VELLOSO, Carlos Mários da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais*. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005. p. 327-342.

MOTA, Aroldo. *O Direito Eleitoral na Constituição de 1988*. Fortaleza: Stylus, 1989.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. Tradução: Menelick de Carvalho Neto. *Cadernos da Escola do Legislativo da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 91-107, jul./dez. 1994.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

NARVÁEZ, Ramón. *Codificação: do desenho europeu à sua assimilação no Novo Mundo*. Palestra proferida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, Curitiba, 14.set. 2009.

NERI DA SILVEIRA, José. *Aspectos do processo eleitoral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

NEVES, Getúlio Marcos Pereira. Notas sobre a representação política no sistema distrital. *Jus Navigandi*. Disponível em: [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1504](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1504). Acesso em: 28 ago. 2003.

NICOLAU, Jairo. *Os desafios dos partidos políticos no Brasil*. Palestra proferida no curso Curto Pensar – SESC-PR, Curitiba, 06 out. 2009.

\_\_\_\_\_. *História do voto no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Sistemas eleitorais: uma introdução*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

\_\_\_\_\_. Voto personalizado e reforma eleitoral no Brasil. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (Orgs.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 23-33.

NICOLOSI, Gerardo (a cura di). *I partiti politici nell'Italia repubblicana*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2006.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Bauru: Edipro, 1996.

NINO, Carlos Santiago. A philosophical reconstruction of judicial review. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham: Duke University Press, 1994. p. 285-332.

\_\_\_\_\_. *Derecho, Moral y Política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005 [1992].

\_\_\_\_\_. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996.

NOGUEIRA, José da Cunha. *Manual prático de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. Consideraciones sobre los principios y reglas en el derecho electoral mexicano. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Ciudad de México, n. 18, p. 139-165, abr. 2003.

OTTO PARDO, Ignácio de. *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*. Madrid: Centro. de Estudios Constitucionales, 1985.

PACTET, Pierre. *Institutions politiques: Droit constitutionnel*. 11. ed. Paris: Masson, 1992.

PÁDUA LOPES. Impugnação de mandato: considerações sobre a ação não regulamentada. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 95, p. 168-178, jul./set. 1990.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1996].

PELICOLI, Angela Cristina. O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo: o caso da fidelidade partidária. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 11, a. 24, p. 1259-1275, nov. 2008.

PEREIRA, Erick Wilson. *Controle jurisdicional do abuso de poder no processo eleitoral*. São Paulo: LTr, 2004.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

PETTIT, Philip. Republican Political Theory. In: FLEURBAEY, Marc; SALLES, Maurice; WEYMARK, John A. (Ed.). *Justice, Political Liberalism, and Utilitarianism*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 389-410.

\_\_\_\_\_. Republican Theory and Political Trust. In: BRAITHWAITE, Valerie; LEVI, Margaret (Ed.). *Trust and Governance*. New York: Russell Sage Foundation, 1998. p. 295-314.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2006 [?].

PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

\_\_\_\_\_. *Manual prático de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 1973.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t. 4.

\_\_\_\_\_. *Democracia, Liberdade e Igualdade: Os três caminhos*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1945.

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

\_\_\_\_\_. *A mentirosa urna*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PRADO, Ney. *Os Notáveis erros dos notáveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1. p. 457-480.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

REALE, Miguel. Decôro parlamentar e cassação de mandato eletivo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 10, p. 87-93, out./dez. 1969.

\_\_\_\_\_. O sistema de representação proporcional e o regime presidencial brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 7, p. 9-44, nov. 1959.

REIS, Fábio Wanderley. Democracia, Igualdade e Identidade. In: PERISSINOTTO, Renato; FUKS, Mário (Orgs.). *Democracia: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002. p. 11-31.

\_\_\_\_\_. Dilemas da democracia no Brasil. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004. p. 391-409.

REIS, Sebastião Alves dos. Comentários sobre princípios constitucionais fundamentais. In: VELLOSO, Carlos Mários da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais*. Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005. p. 929-936.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

\_\_\_\_\_. Pressupostos constitucionais do direito eleitoral brasileiro no caminho da sociedade participativa. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990. p. 14-58.

RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000. p. 13-25.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A Constituição segundo a lei eleitoral ou a lei eleitoral segundo a Constituição. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 30, out.1998. Disponível em: [www.paranaeleitoral.gov.br/artigo\\_impresso.php?cod\\_texto=54](http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=54). Acesso em: 02 fev. 2004.

\_\_\_\_\_. O processo eleitoral como instrumento para a democracia. *Resenha Eleitoral* [do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina], Florianópolis, v. 5, n.1, p. 65-83, 1998. Disponível em: [www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/carmen.htm](http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/carmen.htm). Acesso em: 24 nov. 2009.

RÖHNELT, Ladislau Fernando. Partidos políticos e organização partidária. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990. p. 166.

ROLLO, Alberto. Convenções partidárias e registro de candidatos. In: \_\_\_\_\_. (Org.) *Elegibilidade e inelegibilidade*. Caxias do Sul: Plenum, 2008. p. 15-39.

ROLLO, Alberto; CARVALHO, João Fernando Lopes de. Fidelidade partidária e perda de mandato. *Semestre eleitoral* [Tribunal Regional Eleitoral da Bahia], Salvador, v. 9, n. 1/2, p. 9-32, jan./dez. 2005.

ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. Inelegibilidades infraconstitucionais. In: ROLLO, Alberto (Org.). *Elegibilidade e inelegibilidade*. Caxias do Sul: Plenum, 2008. p. 145-218.

ROLLO, Arthur. A jurisdição eleitoral. *Semestre eleitoral* [Tribunal Regional Eleitoral da Bahia], Salvador, v. 9, n. 1/2, p. 33-40, jan./dez. 2005.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. Condições de elegibilidade. In: ROLLO, Alberto (Org.). *Elegibilidade e inelegibilidade*. Caxias do Sul: Plenum, 2008. p. 41-79.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996 [1762].

RYDEN, David K. *Representation in crisis: The Constitution, Interest Groups and Political Parties*. Albany: State University of New York Press, 1996.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. A justiça eleitoral. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 34, p. 111-153, jul. 1972.

\_\_\_\_\_. Perda de mandato por infidelidade partidária? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 76, p. 135-152, out./dez. 1982.

SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 7. ed. Madrid: Universidade de Madrid, 1980.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Direito eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

\_\_\_\_\_. *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio. *Direito Eleitoral Resumido*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio. *Direito eleitoral: para compreender a dinâmica do poder político*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A judicialização da Política. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniaio/bss/078en.php>. Acesso em: 10 dez. 2009.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SANTOS, Wanderley Guilherme. *Governabilidade e democracia natural*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCARCIGLIA, Roberto. *Il divieto di mandato imperativo*. Contributo a uno studio di diritto comparato. Padova: CEDAM, 2005.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Tradução: Jeffrey Seitzer. Chicago: Duke University Press, 2008 [1928].

\_\_\_\_\_. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 [1931].

\_\_\_\_\_. *Teologia política*. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006 [1933].

SEITZ, Brian. *The trace of political representation*. Albany: State University of New York Press, 1995.

SENNETT, Richard. *A cultura do novo capitalismo*. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SEREJO, Lourival. *Programa de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa. Que é o terceiro estado?* Tradução: Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986 [1789].

SILVA, Hélio. *1889: a República não esperou o amanhecer*. Porto Alegre: L&PM, 2005.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luis Gustavo Motta Severo da. A inefetividade da Ação de Investigação Judicial Eleitoral: análise crítica do artigo 22, XV, da Lei Complementar nº 64/90. In: GONÇALVES,

Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luis (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 289-318.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SIMON, Pedro. Partidos políticos e organização partidária. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990. p. 148-154.

SOUZA, Francisco Belisário Soares de. *O sistema eleitoral no Império*. Brasília: Senado Federal, 1979 [1872].

SOUZA, Luciane Moessa de. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Direito Constitucional e as lacunas da lei. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 133, p. 5-16, jan./mar. 1997.

\_\_\_\_\_. Soberania do povo, poder do Estado. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 229-256.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SPECTOR, Horacio. Democracia y control de constitucionalidad: una tensión aparente. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto; ROSENKRANTZ, Carlos F.(Coords.). *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires: La Ley, 2008. p. 231-246.

SPINOZA, Baruch. *Tratado político*. Tradução: Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1994 [1677].

SUNSTEIN, Cass R. Constituciones y democracias: epílogo. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988]. p. 344-371.

\_\_\_\_\_. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TABOADELA ÁLVAREZ, Obdulia. *Processos Eleitorais e Integração Regional*. Palestra proferida no Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul – UFPR, Curitiba, 12.fev. 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

TJADER, Ricardo da Costa. Enfoques jurídico-políticos das trocas de partidos. *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990. p. 155-165; 174-175.

TOFOLLI, José Antonio Dias. Breves considerações sobre a fraude ao direito eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 45-61, jul./dez. 2009.

TORELLY, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: Isonomia e República no Direito Constitucional e na Teoria da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. Campaña electoral. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000. p. 121-126.

TUMA, Ricardo Pavão. *Democracia representativa e partidos políticos*. Curitiba, 1997, 280f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

UNITED NATIONS. *Declaration of principles for international election observation and code of conduct for international election observers*. New York: United Nations, 2005.

URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação política e parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar*. Coimbra, 2004, 830f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas), Universidade de Coimbra.

\_\_\_\_\_. Titularidade do mandato parlamentar. A propósito da Resolução n.º 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral Brasileiro. *Revista de Direito Público e Regulação*, Coimbra, n. 2, p. 121-133, jul. 2009.

VANOSSI, Jorge Reinaldo; SABSAY, Daniel Alberto. Mandato. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000. p. 827-834.

VEGA, Pedro de. Significado constitucional de la representación política. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, n. 44, p. 24-44, mar./abr. 1985.

VEGA CARBALLO, José Luis. Manipulación. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000. p. 834-844.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder regulamentar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 65, p. 39-50, jan./mar. 1983.

\_\_\_\_\_. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO Carlos Mário da Silva (Coords.). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 11-30.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA, José Roberto. República e Democracia: óbvios ululantes e não ululantes. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 77-100, 2003.

VIEIRA, José Roberto et alii. Perfil constitucional do regulamento e alguns reflexos tributários. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 175-233, 2003.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

WEBER, Max. *Economía y sociedad*. 2. ed. Tradução: José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1964 [1922].

\_\_\_\_\_. *Metodologia das ciências sociais*. Tradução: Augustin Wernet. São Paulo: Cortez, 1992 [1924]. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Parlamento e governo na Alemanha reordenada: crítica política da burocracia e da natureza dos partidos*. Tradução: Karin Bakke de Araújo. Petrópolis: Vozes, 1993 [1918].

\_\_\_\_\_. A política como vocação. In: \_\_\_\_\_. *Ciência e Política*. Duas vocações. Tradução: Jean Meville. São Paulo: Martin Claret, 2002 [1919]. p. 59-124.

WEFFORT, Francisco. *Por que democracia?* São Paulo: Brasiliense, 1984.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 7. ed. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta Editorial, 2007 [1992].

\_\_\_\_\_. Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Firenze, t. 1, n. 31, p. 865-897, 2002.

\_\_\_\_\_. *Principios y votos*. El Tribunal Constitucional y la política. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008 [2005].

ZAMORA, Rubén I. Partidocracia. *DICCIONARIO electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000. p. 965-973.

ZANON, Nicolò. *Il libero mandato parlamentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.

ZIBECHI, Raul. Poder y representación: ese estado que llevamos dentro. *Chiapas*, Ciudad de México, n. 13, 2002. Acesso eletrônico: <http://www.revistachiapas.org/No13/ch13zibechi.html>. Acesso em: 19 nov. 2009.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Tradução: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 [1994].