



COLÉGIO DE PRESIDENTES
DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS
DO BRASIL

REFORMA POLÍTICA

COORDENAÇÃO
José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro



EDITORA
IASP

Coordenador:

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

REFORMA POLÍTICA

1ª Edição

São Paulo
Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP
2017

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Reforma política / coordenador José Horácio Halfeld
Rezende Ribeiro. -- 1. ed. -- São Paulo :
Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, 2017.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-69419-17-4

1. Brasil - Política e governo 2. Eleições -
Brasil 3. Partidos políticos - Brasil 4. Reforma
constitucional - Brasil 5. Sistema político - Brasil
I. Ribeiro, José Horácio Halfeld Rezende.

17-05121

CDU-342:324(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Sistema político e eleitoral : Reforma :
Direito constitucional 342:324(81)

REFORMA POLÍTICA

1ª Edição | 2017

Coordenador:

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Autores:

Adriano Teixeira
Alaor Leite
André L. Costa-Corrêa
Antonio Mario de Abreu Pinto
Bruno Terra Dias
Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins
Celso Barros Coelho
Celso Cintra Mori
Cesar Luiz Pasold
Djalma Pinto
Fabíola Roberti Coneglian
Fernando Armando Ribeiro
Fernando Gaspar Neisser
Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso
Fernando Gonzaga Jayme
Flávia Danielle Santiago Lima
Ives Gandra da Silva Martins
João Gonçalves de Lemos
José Tarcízio de Almeida Melo
Jardson Cruz
Luiz Antonio Sampaio Gouveia
Marcus Vinicius Martins Antunes
Olivar Coneglian
Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza
Roberto Victor Pereira Ribeiro
Ronaldo Rebello de Britto Poletti
William Soares Pugliese

Apresentação:

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

ISBN 978-85-69419-17-4

REFORMA POLÍTICA

Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil

1ª Edição - Maio de 2017

© Edição e Distribuição da Editora IASP

Os Autores desta obra goza da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seu trabalho.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

CNPJ: 43.198.555/0001-00

Rua Líbero Badaró, 377 - 26º andar - CEP 01009-000

São Paulo - SP - Brasil

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Telefone: (55 11) 3106 - 8015

Site: www.iasp.org.br

E-mail: editora@iasp.org.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

Lei 9.610/1998

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

Capa e Diagramação: Kriando / Brandium

Impressão: Gráfica Paym

Impresso no Brasil: [5-2017]



EDITORA
IASP



COLÉGIO DE PRESIDENTES
DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS
DO BRASIL

INTRODUÇÃO

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo e
Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil (2015/2016)

O Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil nasceu do interesse e da necessidade dos Presidentes dos Institutos dos Advogados dos Estados dialogarem e trocarem ricas experiências, considerando também o fato de que muitos Institutos são instituições centenárias, tendo todos sido o berço da Ordem dos Advogados do Brasil em cada um dos seus Estados.

A primeira iniciativa do Colégio ocorreu em 19 de setembro de 2007, no Rio de Janeiro, na sede do Instituto dos Advogados Brasileiros, sob a presidência da Dra. Maria Adélia Campello Rodrigues Pereira. Desde então, foram realizadas 34 (trinta e quatro) Sessões do Colégio, inclusive com uma Sessão Especial sempre realizada na Conferência Nacional dos Advogados, como ocorrido em Natal (RN) em 2008, Curitiba (PR) em 2011 e Rio de Janeiro (RJ) em 2014.

O Estatuto Social do Colégio de Presidentes foi aprovado em Sessão realizada em 11 de fevereiro de 2014, sob a Presidência do Dr. Fernando Fragoso, na sede do Instituto dos Advogados Brasileiros, e registrado com Foro em Brasília, em 28 de agosto de 2014.

Presidiram o Colégio de Presidentes, nesta ordem: Dra. Maria Odete Duque Bertasi (IASP), Dr. José Anchieta da Silva (IAMG), Dr. Antônio Luiz Calmon Navarro Teixeira da Silva (IABA), Dr. Fernando Fragoso (IAB), Dra. Sulamita Terezinha Santos Cabral (IARGS), Dr. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro (IASP), e Dr. Antônio Mário de Abreu Pinto (IAPE), este último sendo o atual Presidente, eleito em dezembro de 2016 dentre os Presidentes dos Institutos com mandato, ao lado do Dr. Álvaro Fernando da Rocha Mota (IAPI) eleito Vice-Presidente do Colégio de Presidentes.

Dentre as atividades do Colégio de Presidentes, destaca-se a edição de obras jurídicas que reúnem o pensamento dos juristas de todo o Brasil, tendo sido publicados: “Ensino Jurídico no Brasil” (2008), “Valorização da Advocacia” (2010), “O Novo Processo Civil” (2012), “Impeachment :Instrumento da Democracia” (2016) e esta obra sobre “Reforma Política”.

Os temas tratados pelo Colégio de Presidentes bem demonstram a preocupação com os pilares das carreiras jurídicas, da Justiça e do nosso Brasil, e a dedicação dos Institutos nos altos estudos e a difusão dos conhecimentos jurídicos, ampliando os horizontes da cultura e das carreiras jurídicas em benefício da sociedade.

Esta obra, que tive o privilégio de coordenar, como Presidente do Colégio de Presidentes, é lançada na 35ª. Sessão do Colégio de Presidentes realizada no dia 09 de junho de 2017, em Curitiba, por ocasião da Solenidade de Comemoração do Centenário do prestigiado Instituto dos Advogados do Paraná, sob a presidência do Ilustre Dr. Hélio Gomes Coelho Júnior.

A obra contém 24 artigos de juristas de 10 Institutos dos Advogados que enfrentam as dramáticas questões do sistema eleitoral e político do Brasil, suas mazelas e seus desafios.

A democracia é instrumento da República que garante a vontade da maioria que livremente escolhe seus mandatários. E todo o sistema, para garantia do seu funcionamento, tem válvulas de controle. É disso que se trata em última análise uma reforma política: garantir que o mandato seja exercido em nome do povo, em favor do interesse público.

Estamos profundamente indignados com a escalada da corrupção que assola o Brasil. E, bem por isso, devemos lutar para avançar numa reforma política.

A presente obra é lançada pela Editora IASP, do Instituto dos Advogados de São Paulo, que promove a publicação de revistas especializadas, livros a partir da seleção de teses, dissertações, trabalhos e pesquisas de excelência, traduzindo numa efetiva colaboração para a Educação.

Sem Educação, não há futuro. Não se promove a pesquisa, a inovação tecnológica, a produção intelectual. Sem Educação, a Cultura não se propaga, como sempre nos ensinou o Professor Miguel Reale, numa das suas mais famosas frases, hoje esculpida na Praça do Relógio da Cidade Universitária da USP, cidade que planejou quando foi Reitor: “No Universo da Cultura o centro está em toda a parte.”

Obras como esta, disseminam a cultura, iluminam os caminhos, colaboram para o debate e o futuro das nossas gerações que devem aprender, de uma vez por todas, que não existe brasileiro acima da lei.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO 9

RELAÇÃO DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS DO BRASIL

17

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA

29

USURPAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS 31

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO CEARÁ

55

DIREITO AO VOTO OU VOTO OBRIGATÓRIO?

JOÃO GONÇALVES DE LEMOS 57

INFRATORES ELEGÍVEIS NO PAÍS

DJALMA PINTO E JARDSON CRUZ 89

OS MECANISMOS PARA O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO POLÍTICA – O CARCINOMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

FERNANDO GENTIL GIZZI DE ALMEIDA PEDROSO E
ROBERTO VICTOR PEREIRA RIBEIRO 107

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL

131

CONTRIBUIÇÃO PARA A REFORMA POLÍTICA

RONALDO REBELLO DE BRITTO POLETTI 133

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS	147
APONTAMENTO SOBRE A REFORMA POLÍTICA BRASILEIRA: A REPRESENTAÇÃO ISONÔMICA DOS CIDADÃOS NO PROCESSO ELEITORAL	
FERNANDO GONZAGA JAYME	149
DA RELAÇÃO TRIALÓGICA ENTRE PARTIDOS POLÍTICOS, PODER REPRESENTATIVO E REGIME DE GOVERNO. TEORIA DA TRILOGIA POLÍTICA. CONTRIBUIÇÕES PARA A REFORMA POLÍTICA NO BRASIL	
JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO	161
DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: PROBLEMAS E REFLEXÕES	
FERNANDO ARMANDO RIBEIRO	213
REFORMA POLÍTICA: O BRASIL DEVE ADOTAR O PARLAMENTARISMO?	
BRUNO TERRA DIAS	229
SISTEMAS DE GOVERNO NA REPÚBLICA	
RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA	247
 INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO PARANÁ	 257
CAIXA DOIS ELEITORAL, DOAÇÕES ELEITORAIS E CORRUPÇÃO	
ADRIANO TEIXEIRA E ALAOR LEITE	259
CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEFINIÇÃO DE JURISDIÇÃO PARA PENSAR A REFORMA POLÍTICA	
WILLIAM SOARES PUGLIESE	279
REFORMA POLÍTICA OU REFORMA ELEITORAL?	
FABÍOLA ROBERTI CONEGLIAN E OLIVAR CONEGLIAN	293

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO	315
A REFORMA POLÍTICA NO STF E TSE: COMPREENDENDO A JUDICIALIZAÇÃO DA “MEGA POLÍTICA” NO BRASIL A PARTIR DOS CASOS DA “FIDELIDADE PARTIDÁRIA” E “FINANCIAMENTO DE CAMPANHA” FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA	317
O VOTO DEVE CONTINUAR A SER OBRIGATÓRIO? ANTONIO MARIO DE ABREU PINTO	345
INSTITUTO DOS ADVOGADOS PIAUIENSES	357
PARTIDO POLÍTICO CELSO BARROS COELHO	359
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL	369
REFORMA POLÍTICA: UMA REFLEXÃO MARCUS VINICIUS MARTINS ANTUNES	371
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SANTA CATARINA	391
REFORMA POLÍTICA: ATUALIZAÇÃO DO ELOGIO AO PARLAMENTARISMO NA EPISTEMOLOGIA DE CLÓVIS DE SOUTO GOULART CESAR LUIZ PASOLD	393
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO	417
FORO DE PRERROGATIVA LUIZ ANTONIO SAMPAIO GOUVEIA	419
NOTAS SOBRE O REGIME POLÍTICO BRASILEIRO: REFLEXÃO E PROPOSTAS PARA UM NOVO MODELO DE POLÍTICA PARA O BRASIL ANDRÉ L. COSTA-CORRÊA	491

PRERROGATIVA DE FORO E IMUNIDADE PARLAMENTAR CELSO CINTRA MORI	565
PROPOSTA DE MODIFICAÇÃO DO NÚMERO DE DEPUTADOS FEDERAIS E SENADORES EM CADA ESTADO FERNANDO GASPAR NEISSER	597
PROPOSTA DE UNIFICAÇÃO DA REALIZAÇÃO DE ELEIÇÕES EM 2022 FERNANDO GASPAR NEISSER	611
O SISTEMA POLÍTICO IDEAL PARA O BRASIL IVES GANDRA DA SILVA MARTINS	623

RELAÇÃO DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS DO BRASIL

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA

Fundação: 15 de junho de 1897

Presidente: **Dr. Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins**

Mandato: 2015-2018

Endereço: Praça Dom Pedro II – Fórum Ruy Barbosa – sala 409

CEP: 44400-280 – Salvador- BA

Tel.: (71) 3321-3719 / 3320-6607

E-mail: iab.ba@gmail.com

Facebook: <https://www.facebook.com/Instituto-dos-Advogados-da-Bahia-357141054386373/>

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

Fundação: 07 de agosto de 1843

Presidente: **Dr. Tércio Lins e Silva**

Mandato: 2016-2018

Endereço: Av. Marechal Câmara, 210 – 5º Andar

CEP: 20020-080 – Rio de Janeiro - Rj

Tel.: (21) 2240-3173

E-mail: iab@iabnacional.org.br

Site: <http://www.iabnacional.org.br/>

Facebook: <https://www.facebook.com/IABnacional/>

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO CEARÁ

Fundação: 04 de julho de 1931

Presidente: **Dr. João Gonçalves de Lemos**

Mandato: 2015-2017

Rua Lívio Barreto, 668 - Dionísio Torres

CEP: 60130-110 - Fortaleza - CE

Tel: (85) 98886-6190

E-mail: iaceara1931@gmail.com

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL

Fundação: 02 de julho de 1970

Presidente: **Dr. José Leite Saraiva Filho**

Mandato: 2015-2017

Endereço Rua SEPN 516 Bloco B Lote 07 - Asa Norte – Brasília/DF

CEP: 70770-522

Tel.: (61) 3035-7218

E-mail: iadf@oabdf.org.br

Site: <http://iadf.org.br>

Facebook: <https://www.facebook.com/iadf.org/>

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO ESPÍRITO SANTO

Fundação: 05 de março de 1927

Presidente: **Dr. Rodrigo Loureiro Martins**

Endereço: Praça João Climaco, 38 – Cidade Alta

CEP: 29015-110 – Vitória - ES

E-mail: iaees@uol.com.br

INSTITUTO DOS ADVOGADOS MATO-GROSSENSES

Fundação: 31 de agosto de 1932

Presidente: **Dr. Fabio Arthur da Rocha Capilé**

Mandato: 2017-2018

Endereço: Rua Manoel Leopoldino, 358 - Araés

CEP: 7800-550 - Cuiabá-MT

E-mail: diretoria@iamat.org.br

Site: www.iamat.org.br

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO MATO GROSSO DO SUL

Fundação: 04 de abril de 2010

Presidente: **Dr. Benedicto Arthur de Figueiredo Neto**

Mandato: 2016-2018

Endereço: à Rua da Paz, 129, conj 152 e153

CEP: 79021-220 - Campo Grande - MS

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS

Fundação: 07 de Março de 1915

Presidente: **Dr. Nilson Reis**

Mandato: 2015-2018

Rua Grão Pará, 737 – 3º andar, sala 301 - Santa Efigênia.

CEP: 30150-340 – Belo Horizonte – MG

Tel.: (31) 3241-1226

E-mail: iam@iamg.org.br

Site: <http://www.iamg.org.br>

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO PARÁ

Fundação: 30 de maio de 1925

Presidente **Dr. Clovis Cunha da Gama Malcher Filho**

Endereço: Praça Barão do Rio Branco, 93 - Campina

CEP: 66015-060 - Belém - PA

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO PARANÁ

Fundação: 10 de junho de 1917

Presidente: **Dr. Hélio Gomes Coelho Júnior**

Mandato: 2017-2019

Endereço: Rua Cândido Lopes, 128/10º andar - Centro

CEP: 80020-060 – Curitiba –PR

Tel.: (41) 3224-3213

E-mail: iappr@iappr.com.br

Site: <http://www.iappr.com.br>

Facebook: <https://www.facebook.com/iaparana>

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO

Fundação: 17 de agosto de 1851

Presidente: **Dr. Antonio Mario de Abreu Pinto**

Mandato: 2015 - 2017

Endereço: Rua Imperador Dom Pedro II, 235 - 2 andar,

CEP: 50010-240 - Recife, PE

E-mail: iap@oabpe.org.br

Facebook: <https://m.facebook.com/Institutosadogadosdepernambuco/>

INSTITUTO DOS ADVOGADOS PIAUIENSES

Fundação: 06 de julho de 1931

Presidente: **Dr. Álvaro Fernando da Rocha Mota**

Mandato: 2016 - 2019

Caixa Postal – 251

Tel.: (86) 3221-4450

E-mail: alvaromota@uol.com.br

Site: <https://www.facebook.com/iappi/?ref=bookmarks>

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL

Fundação: 26 de outubro 1926

Presidente: **Dra. Sulamita Santos Cabral**

Mandato: 2016-2019

Endereço: Travessa Engº. Acelino de Carvalho, 21 – 4º andar

CEP: 90010-200 – Porto Alegre- RS

Tel.: (51) 3224-5788/ 3226-1622

E-mail: iargs@iargs.com.br, presidencia@iargs.com.br

Site: <http://www.iargs.com.br>

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SANTA CATARINA

Fundação: 1º de novembro de 1931

Presidente: **Dr. Ricardo José da Rosa**

Mandato: 2014-2017

Endereço: Rua Saldanha Marinho, 374, Sala 401, 4º andar, Centro,

Edifício Zigurate

CEP: 88010-450 – Florianópolis - SC

Tel.: (48) 3039-0059

E-mail: iasc@oab-sc.org.br

Site: <http://www.iasc.org.br/>

Facebook: <https://www.facebook.com/IASC-Instituto-dos-Advogados-de-Santa-Catarina-112053115628210/>

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

Fundação: 29 de novembro de 1874

Presidente: **Dr. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro**

Mandato: 2016 - 2018

Rua Líbero Badaró, 377 – 26º andar

CEP: 01009-906 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 3106-8015

E-mail: iasp@iasp.org.br

Site: <http://www.iasp.org.br>

Facebook: <https://www.facebook.com/iaspnamidia/>



COLÉGIO DE PRESIDENTES
DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS
DO BRASIL

REFORMA POLÍTICA

1ª Edição | 2017

**INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DA BAHIA**

USURPAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS

Advogado. Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Constitucional da UFBA, UEFS e Faculdade Baiana de Direito. Presidente do Instituto de Direito Constitucional da Bahia - IDCB. Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia.

O pior analfabeto é o analfabeto político. Ele não ouve, não fala nem participa dos acontecimentos políticos. Ele não sabe que o custo de vida, o preço do feijão, do peixe, da farinha, do aluguel, do sapato e do remédio dependem de decisões políticas. O analfabeto político é tão burro que se orgulha e estufa o peito dizendo que odeia a política. Não sabe o imbecil que da sua ignorância política nasce a prostituta, o menor abandonado e o pior de todos os bandidos que é o político vigarista, pilantra, corrupto e lacaio dos exploradores do povo. (BRECHT, Bertolt, 2010)

1. A VERTENTE PRINCIPIOLÓGICA DO PODER CONSTITUINTE

1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A discussão em torno das origens da expressão *poder constituinte*¹ é tão antiga quanto o seu estudo². Entretanto, é inequívoco que a maior parte da

1. Cumpre referir a opinião de PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2000, pág. 121, no sentido que “o poder constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização. O que nem sempre houve, porém, foi uma teoria desse poder, cuja aparição configura um traço de todo original, ou seja, uma peculiaridade digna talvez de justificar o pasmo e a vaidade do orador constituinte, ao formulá-la em fins do século XVIII”.

2. AUGUSTO ZIMMERMANN, *Curso de Direito Constitucional*, 2002, pág. 122, atribui a pioneira formulação teórica do Poder Constituinte a Alexander Hamilton, que, apesar de não ter utilizado na época as expressões “poder constituinte” e “poder constituído”, já dispunha no Artigo Federalista nº 78 que

doutrina defende o pioneirismo do abade Emmanuel Joseph Sièyes³ como seu precursor, uma vez que foi o primeiro juspolitólogo a destacar e fundamentar a dicotomia entre o Poder Constituinte e os Poderes Constituídos.

Sobre o processo genético do poder constituinte e a sua evolução, impende ressaltar a opinião de GOMES CANOTILHO que sintetiza as experiências constituintes inglesa, americana e francesa nas ações *revelar, dizer e criar*, respectivamente, aduzindo que os ingleses compreenderam o poder constituinte como um processo histórico de *revelação* da “Constituição da Inglaterra”; já os americanos *disseram* num texto escrito, produzido por um poder constituinte denominado “*the fundamental and paramount law of the nation*”, enquanto os franceses *criaram* uma nova ordem jurídico-política através da “destruição do antigo” e da “construção do novo”⁴.

Independentemente da teoria que justifique as origens desse Poder⁵, decerto, enquanto fenômeno político indispensável para a auto-organização

“todo ato de uma autoridade delegada – e aqui já podemos tratar de Poder Constituído – contrário aos termos da comissão – entenda-se como palavra de conotação similar à Poder Constituinte – é nulo”. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, pág. 72, por sua vez, ensina que coube a Jonh Locke na obra “Two Treatises of Government” distinguir a expressão *poder constituinte* do povo, reconduzível ao poder de o povo alcançar uma nova “forma de governo”, e o *poder ordinário* do governo e do legislativo encarregados de prover à feitura e à aplicação das leis.

3. Nascido em 1748, o abade Emmanuel Joseph Sièyes ficou universalmente reconhecido como o criador da teoria do Poder Constituinte. Na sua obra *Préliminaire de la Constitution: Reconnaissance et Exposition Raisonnée des Droits de L’Homme et du Citoyen*, publicada em Julho de 1789, Sièyes reuniu três brochuras intituladas *Essai sur les Privilèges; Vues sur les Moyens d’exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789* e a célebre *Qu’est-ce que le Tiers-État?*. Sièyes sintetiza, *cit.*, 1789, pág. 111, sua idéia de poder constituinte quando afirma que: “*Ces loix sont dites fondamentales, non pas en ce sens, qu’elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la constitution n’est pas l’ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C’est ainsi, et non autrement, que les loix constitutionnelles sont fondamentales.*”

4. Cfr. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, pág. 68.

5. MARCOS WACHOWICS, na sua elucidativa obra, *Poder Constituinte e Transição Constitucional*, 2000, pág. 32 e segs., informa que além das teorias de matizes jusnaturalistas (teoria jusnaturalista; teoria racional ideal e teoria fundacional) e das matizes juspositivistas (teoria juspositivista; teoria de Carré de Malberg e teoria decisionista), há também a teoria dialético-integral e a teoria de Georges Burdeau.

do Estado, o Poder Constituinte perdura ao longo da sua história e pode ser exercido a todo e a qualquer tempo. O exercício do poder constituinte decorre de condições concretas que resultam de determinantes históricas de ruptura ou transição constitucional e a efetividade que se espera vir a adquirir uma nova Constituição⁶.

A necessidade, pois, de se criar uma nova lei fundamental reflete a mudança paradigmática de valores que consubstanciam a sistemática⁷ dos princípios que norteiam o poder constituinte material.

1.2. POR UM CONCEITO PRINCIPIOLÓGICO DE PODER CONSTITUINTE

Por mais polissêmico que seja o vocábulo *poder constituinte*⁸, constata-se

6. Oportuna a lição de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II*, 2003, p. 122, quando sustenta que na medida em que prevaleça a soberania do povo como princípio jurídico-político, ao povo cabe decidir sobre a subsistência ou não da Constituição positiva, a sua alteração ou a sua substituição por outra..

7. Para CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2002, pág. 280, uma vez determinado o conceito de sistema com referência às ideias de adequação valorativa e unidade anterior do Direito, deve-se definir o sistema jurídico como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais.

8. Cumpre dispor algumas considerações conceituais de ilustres jusconstitucionalistas sobre poder constituinte. A peremptória lição de JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 88, é sempre oportuna para reafirmar que o poder constituinte revela-se não da aprovação da Constituição formal, mas da contraposição do regime até então vigente. Para GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, Tomo IV, 1950, pág. 181, o poder constituinte “est affecté d’une signification politique dont nulle exégèse ne peut le purifier. La puissance qu’il recèle est rebelle à une intégration totale dans un système hiérarchisé de normes et compétences. C’est que le pouvoir constituant, s’il peut, par certains actes, s’insérer dans l’ordre juridique, lui demeure toujours extérieur par d’autres”. Já CONSTANTINO MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello stato*, 1972, pág. 10, considera que “il potere costituente, intenso nella piú larga accezione del termine, e considerato sai nell’aspetto soggettivo dell’organo, che se ne pone titolare, sia in quello oggettivo della funzione in cui esso si esplica, è caratterizzato dal suo immediato riferirsi alla vita della costituzione, che esso accompagna dal momento formativo attraverso tutti gli stadi del suo successivo svolgimento. Un siffatto concetto, anche ad un primo esame, appare eccessivamente genérico, e non suscettibile di essere proficuamente utilizzato, riferendosi in verità a due ordini di fenomeni, non assimilabili fra di loro perchè muoventisi su due piani distinti”.

que há unanimidade na doutrina quanto à imediata relação entre o poder constituinte e os princípios constitucionais. Não obstante, poucos foram os autores que ofereceram noções de um conceito principiológico.

Em 1966, STEINER⁹ já ensinava que o poder constituinte é a manifestação do princípio democrático geral de que todo o poder do Estado emana do povo, que deve ser de natureza jurídica e pré-constitucional.

Nesse sentido, FRIEDRICH MÜLLER¹⁰ propôs um conceito designadamente principiológico do instituto, ao sublinhar que “o poder constituinte não é

REQUEJO PAGÉS, *Las normas preconstitucionales y el mitor del poder constituyente*, 1998, pág. 44, leciona que o poder constituinte “es aquel poder del que resulta una Constitución que, para serlo, no puede depender en su validez de norma positiva alguna; tampoco de la voluntad del constituyente”. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*, 2000, pág. 67, por sua vez, considera que o poder constituinte é o poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição, consistindo na mais alta expressão do poder político, porque traduz-se numa energia capaz de organizar política e juridicamente a Nação. Na concepção holística de CARLOS AYRES BRITTO, *Teoria da Constituição*, 2003, pág. 24, há dois poderes que tudo podem: Deus no céu – dá início à criação do mundo em geral, a natureza e os seres humanos – e o Poder Constituinte na terra, que concebe a gênese do mundo jurídico e prescreve o modo pelo qual receberá seus infinitos complementos. Acredita, pois, que o poder constituinte significa o poder de constituir a Constituição, que acaba por ser o poder de constituir o Estado e o poder de dar início à montagem do ordenamento jurídico do povo e do Estado mesmo. O mestre PAULO BONAVIDES, *Teoria do Estado*, 2003, pág. 268, ensina que o poder constituinte é poder primário, de ocorrência excepcional, que se exercita para criar a primeira Constituição do Estado ou as Constituições que posteriormente se fizerem necessárias. Para GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, pág. 65, perante uma multiplicidade de conceitos e definições, o poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.

9. *Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, apud Friedrich Müller, *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, 2004, pág. 52.

10. Para MÜLLER, *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*, pág. 32, o poder constituinte não é uma norma positivamente formulada no início até o fim, mas uma norma aceitável como princípio constitucional rico em conteúdos, no quadro dessa tradição e desse tipo de Constituição. Não é uma norma materialmente vazia, mas um modelo de ordenamento materialmente determinado, cujos elementos materiais atuam de modo co-normativo, conforme a concretização defensável no quadro do Estado de direito. Na sua opinião, não corresponderia a uma norma que reflete uma decisão voluntarista pura, mas uma decisão cujos elementos materiais se inserem nesse caso complexo da legitimação do poder estatal.

nenhuma norma positiva abrangente, mas um princípio central” no âmbito da constituição, e, “enquanto princípio *genérico*, ele não pode saltar com eficácia *normativa* por cima dos âmbitos de vigência do Estado nacional, até o presente típicos para esse círculo constitucional”¹¹.

Com efeito, o poder constituinte consiste num *princípio geral* por excelência, resultado de uma confluência¹² de sobreprincípios constitucionais¹³ que revelam os interesses do seu titular¹⁴, traduzida numa *norma-princípio*¹⁵ que é densificado pelos princípios fundamentais

11. Cfr. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*, pág. 115.

12. Para JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, *cit.*, pág. 254, a função ordenadora dos princípios é revelada, principalmente, em momentos revolucionários, quando, através dos princípios e não através de precários preceitos escritos, assenta diretamente a vida jurídico-política do país. Os princípios exercem, portanto, uma ação imediata enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformar as relações político-constitucionais, admitindo ou postulando desenvolvimentos, concretizações, densificações ou realizações variáveis

13. Os sobreprincípios constitucionais são os princípios fundamentais que definem e caracterizam o Estado e são densificados por sub-princípios que possuem núcleos autônomos. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, *cit.*, pág. 88, acredita que os princípios gerais de direito têm quatro características: a) não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou contradição; b) não têm a pretensão de exclusividade; c) ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas e d) precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.

14. Impende ressaltar a opinião de JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 88, ao acreditar que a entidade determinante do conteúdo fundamental de uma Constituição é a entidade – força política ou social, movimento militar ou popular, monarca, outro órgão ou grupo – que toma a decisão de inflectir a ordem preexistente e assume a inerente responsabilidade histórica.

15. ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1997, p. 83, sustenta que: “las reglas como los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”. A teoria Alexyana do caráter normativo dos princípios consiste na concepção de que os princípios jurídicos designam apenas uma modalidade de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Nesse sentido, à pág. 86, sustenta Alexy que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y

do texto constitucional, uma vez que:

a) Encerra¹⁶ um sistema de princípios¹⁷ ao exercício do poder político¹⁸, garantindo ao ordenamento jurídico coerência, coesão e harmonia (princípio da segurança jurídica). O produto do exercício do poder constituinte formal (a Constituição escrita) estabelece que o exercício da soberania popular é limitado pelo próprio texto constitucional, pois o poder do povo ou dos seus

princípios es que los principios son normas que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas". Impende ressaltar as palavras de RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 39, no sentido de que "a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão". Não concordamos com a opinião de HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003, pág. 120, que divide as normas jurídicas em normas-princípio, normas-regra e normas-postulados, vez que estas últimas não passam, na verdade, de densificações das próprias normas-princípio.

16. Impende, pois, salientar a lição de CARLOS AYRES BRITTO, que entende o poder constituinte como um princípio que encerra o fundamento normativo do poder governamental, mas que não se exaure na Constituição que edita; continua presente mesmo após o exercício do poder constituinte formal, podendo gestar quantas Constituições quiser a qualquer tempo.

17. As características das normas-princípio assinaladas por JORGE MIRANDA, *op. cit.*, págs. 252-53, podem ser atribuídas ao princípio do poder constituinte, vez que ele se traduz numa norma que antecede aos preceitos; aproximam-se mais da ideia de Direito ou dos valores do ordenamento; possui alto grau de generalidade ou de indeterminação; irradia-se para vasto número de regras; há susceptibilidade de conteúdo com densificações variáveis no decorrer do tempo; é norma aberta, sem pretensão de regulamentação exaustiva e é expansivo, na medida em que não são absorvidos ou se esgotam com casos novos. Assim como, os critérios sugeridos (grau de abstracção, grau de determinabilidade, carácter de fundamentabilidade, proximidade da ideia de direito, natureza normogenética) por GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, pág. 1160-61, ao diferenciar as normas-regra das normas-princípios, também se adequam à natureza principiológica normativa do poder constituinte.

18. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, *cit.*, pág. 71.

representantes será exercido *nos limites da constituição*¹⁹. Se o poder constituinte é anterior e posterior ao procedimento de generalização excessiva na construção dos princípios constitucionais, é porque ele só pode também ser princípio²⁰.

b) Apesar de não carecer de materialidade, uma realidade física e social, o poder constituinte é essencialmente uma expressão de linguagem e, geralmente, como expressão nos diplomas constitucionais, um texto escrito²¹.

c) É limitado pelos princípios constitucionais substantivos – princípios axiológicos fundamentais e princípios políticos fundamentais – e é densificado pelos princípios constitucionais instrumentais²². Assim como os princípios, o poder constituinte não se coloca além ou acima do Direito. É, pois, metaprincípio constitucional, pois consiste

19. A Constituição da República Portuguesa estabelece no art. 3º, nº 1 que “a soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição, enquanto a Constituição Brasileira prevê no parágrafo único do art. 1º. que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou directamente, nos termos desta Constituição”.

20. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1999, pág. 158, enfatiza que: “Os princípios são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais e não flores ou estrelas? Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, para regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”

21. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, cit., pág. 19.

22. Cfr. GOMES CANOTILHO, *op., cit.*, pág. 257.

em princípio geral instrumental de consolidação dos princípios²³ que refletem os valores jurídicos dominantes na comunidade que consolidam uma Ordem Jurídica que se inicia através da Constituição. E de preceito para princípio e de princípio menor para princípio maior, a Constituição auto-irroga-se a virtude da unidade sistêmica através do exercício do poder constituinte²⁴.

d) Traduz-se numa norma de construção e qualificação do sistema constitucional, pois transforma e é transformado pelos princípios constitucionais que têm função prospectiva e dinamizadora²⁵.

e) Consiste num mandato de otimização que tem idoneidade irradiante que lhes permite cimentar objetivamente todo o sistema constitucional²⁶.

Em suma, o poder constituinte consiste numa confluência de princípios constitucionais estruturantes²⁷ que buscam sua justificativa axiológica e sua *raison d'être* operacional em outra norma, não de hierarquia superior,

23. RICARDO LOBO TORRES, *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*, 2003, págs. 21 e segs., denomina de princípios estruturais, aqueles que expressam as decisões fundamentais configuradoras da Constituição, que visam a dar a conformação política, econômica e social do Estado, traçando-lhe o rumo e a finalidade.

24. Para CARLOS AYRES BRITTO, *cit.*, págs. 24 e 170, foi a vontade coletiva de embutir nas Constituições regras e subprincípios densificadores de princípios materiais de superior envergadura (axiológica e funcionalmente) que as Magnas Cartas passaram também a normatizar assuntos que até então eram próprios de outros ramos jurídico-positivos, fenômeno que denomina de *supereficácia das normas-princípio* ao lado da crescente constitucionalização do direito infraconstitucional.

25. Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 255.

26. Cfr. GOMES CANOTILHO, *cit.*, pág. 1163.

27. Para GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, *cit.*, pág. 181, o poder constituinte "est la puissance créatrice de l'ordre juridique puisqu'il en fixe les principes et en établit les instruments".

porém de mais alargado raio de alcance material²⁸ e balizam os fundamentos constitucionais expressos na Carta Política.

1.3. PODER CONSTITUINTE MATERIAL E PODER CONSTITUINTE FORMAL: A INTRÍNSECA RELAÇÃO ENTRE O PODER CONSTITUINTE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Quanto maior a distância entre a Constituição real e efetiva da Constituição escrita e jurídica, maior é a possibilidade de o titular do poder constituinte dar início à elaboração de uma nova Lei Fundamental que atenda aos interesses da coletividade, em razão do esvaziamento da força normativa do texto constitucional anterior. Haverá, portanto, o poder de auto-conformação do Estado segundo certa ideia de Direito – poder constituinte material – e um poder de decretação de normas com a forma e a força jurídica próprias das normas constitucionais – poder constituinte formal²⁹.

Para JORGE MIRANDA o poder constituinte é exercido numa dupla perspectiva: material e formal sobre a Constituição. O primeiro precede, lógica e historicamente, o segundo, pois:

- a) A ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental, a forma que elege para agir sobre os fatos, a legitimidade e a legalidade;
- b) O triunfo de uma nova e certa ideia de direito ou do nascimento de certo regime, e, posteriormente, a formalização dessa ideia ou desse regime³⁰.

28. Cfr. AYRES BRITO, *cit.*, pág. 170.

29. Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 90.

30. Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 91.

Com efeito, o poder constituinte material corresponde ao conjunto de valores essenciais, filosóficos, morais, sociais, políticos, jurídicos e econômicos, que traduzem a vontade popular, representando as correntes de opinião, a presença organizada ou difusa dos grupos e seus interesses em confronto³¹. E esses valores, que se encontram no âmbito axiológico, consubstanciam os princípios gerais, que circundam o ordenamento, e encontram-se no plano deontológico. Logo, pode-se afirmar que o poder constituinte material consiste numa *norma-princípio* que é fonte imediata para a elaboração da Constituição escrita através do exercício do poder constituinte formal, que traduza expressão, no mundo concreto, do poder constituinte material³². Ou seja, a positivação, no seu grau máximo (poder constituinte formal), de uma determinada idéia de Direito concebida socialmente (poder constituinte material).

As Constituições escritas respondem, portanto, ao plexo de ideias e valores dominantes na sociedade, positivando-os por meio dos princípios constitucionais, que apresentam a carga axiológica incorporada ao ordenamento jurídico³³. Os sobreprincípios gerais anteriores à decretação da norma consolidariam o princípio geral do poder constituinte material³⁴. O poder constituinte formal, por sua vez, declara e firma a ordem constitucional, instituindo os princípios constitucionais.

31. Entende PAULO BONAVIDES, *Teoria do Estado*, cit., pág. 272, que foi o poder constituinte material ou real, que fez a Constituição da Inglaterra, e tem feito nos Estados Unidos, por meio dos arestos da Corte Suprema, a parte mais considerável da Constituição Americana, aduzindo: "é o poder constituinte dos juizes e hermeneutas que interpretam a Constituição, e sem o qual o texto promulgado em Filadélfia há mais de duzentos anos estaria fossilizado nas prateleiras de um museu".

32. Conforme abalizado escólio de JORGE MIRANDA, o poder constituinte formal confere estabilidade e garantia de permanência e de supremacia hierárquica ou sistemático ao princípio normativo inerente à Constituição material. *Teoria do Estado*, cit., pág. 92.

33. ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional*, ensina que "as Constituições contemporâneas são tributárias de certos valores que albergam em suas normas como diretrizes, comandos ou objetivos a serem alcançados por todo o sistema normativo e pelos operadores do Direito. Assim, as constituições não estão livres de valores, antes os pressupõem e os acolhem em seu seio".

34. Alega WALBER AGRA, cit., pág. 74, que se denomina TRANSCONSTITUCIONALIZAÇÃO o fenómeno entre o aparecimento do Poder Constituinte (material) e a subsequente Constituição (poder constituinte formal).

A norma-princípio³⁵ do poder constituinte material exteriorizada pelo poder constituinte formal amálgama a regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do estatuto jurídico³⁶. Muitos são os princípios constitucionais³⁷ implícitos que fazem parte da sistemática constitucional, mas que não foram revelados, expressamente, pelos legisladores constituintes.

Logo, consiste o poder constituinte numa norma metaconstitucional, pois transcende os princípios constitucionais positivados pelo poder constituinte formal e compreende e é limitado, ao mesmo tempo, pelos princípios que norteiam o poder constituinte material.

1.4. NATUREZA JURÍDICA, TITULARIDADE E FORMAS DE EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Em que pese a aceitação generalizada de que o poder constituinte ostenta natureza exclusivamente política³⁸, compartilhamos da opinião de que a *norma-princípio do poder constituinte* possui inequívoca natureza jurídica.

35. Como lembra RUY SAMUEL ESPÍNDOLA, *Conceito de princípios constitucionais*, 2002, p. 52, o termo *princípio* é utilizado, indistintamente, em vários campos do saber humano. Filosofia, Teologia, Sociologia, Política, Física, Direito e outros servem-se dessa categoria para estruturarem, muitas vezes, um sistema ou conjunto articulado de conhecimentos a respeito dos objetos cognoscíveis exploráveis na própria esfera de investigação e de especulação a cada uma dessas áreas do saber.

36. Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 93.

37. Cumpre salientar a opinião de ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional*, 2003, pág. 32, no sentido de que os princípios constitucionais desempenham a função de cimentação sistemática do ordenamento, numa unidade congruente de normas do mais alto padrão.

38. PAULO BONAVIDES, *Teoria do Estado*, *cit.*, pág. 268, entende que “o poder constituinte é um poder de natureza política e filosófica, vinculado ao conceito de legitimidade imperante numa determinada época”. Nesse mesmo sentido, WALBER AGRA, *Manual de Direito Constitucional*, 2002, pág. 76, o poder constituinte tem natureza política, porque não é validado por nenhuma outra norma. Considera o autor que, anteriormente a ele não existe norma jurídica, e, se existisse, passaria a ter validade sob a nova Constituição, pois sua gênese radica em fatos sociais, num horizonte metajurídico. Para CARLOS AYRES BRITTO, *op. cit.*, págs. 31 e segs., incisivamente, o poder constituinte é político, porque está imbricado em toda a polis, naqueles raros instantes em que ela se sobrepõe ao Estado para dizer, qual é o tipo de Direito-Constituição que quer viver.

Partindo das escorreitas reflexões de GEORGES BURDEAU³⁹, podemos afirmar que o poder constituinte é um poder de natureza jurídica⁴⁰ que antecede o próprio Estado, pois seria paradoxal recusar qualificação jurídica ao poder portador da ideia de direito que se imporá ao ordenamento jurídico no seu conjunto⁴¹. Se o poder constituinte, simultaneamente, nasce dos princípios e se irradia em princípios, é porque ele só pode ter natureza jurídica⁴². Ele é início, meio e fim do arcabouço jurídico de um Estado⁴³.

No que tange à titularidade, é preciso deixar assentada a idéia de que, nos regimes de democracia representativa, o titular do poder constituinte

39. Importa ressaltar as palavras de GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique, cit.*, 1950, pág. 185, que considera "Il ne faudrait cependant pas conclure de ce triple caractère que le pouvoir constituant n'est pas un pouvoir de droit. C'est une erreur de ne tenir pour pouvoir de droit que celui dont l'existence et l'exercice sont conditionnés par un statut juridique antérieur. De cette erreur la discussion sur la nature du pouvoir constituant est la plus évidente illustration, car il semble paradoxal de refuser la qualité juridique à un pouvoir par lequel l'idée de droit se fait reconnaître et, par suite, s'impose dans l'ordonnement juridique tout entier. Ce qui est vrai, c'est que ce pouvoir de droit n'est pas commandé par le droit positif de l'Etat. Mais si l'on admet que le droit existe avant l'Etat, le pouvoir constituant doit être considéré comme le plus éclatant témoignage en faveur de ce droit, qui n'est antérieur à l'Etat que pour s'imposer à lui".

40. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, 2000, págs. 338 e segs., propõe a reconstrução do conceito normativo do poder constituinte, nos termos do qual um participante num determinado sistema perspectiva as normas constitucionais como derivadas de princípios morais que asseguraram legitimidade a uma determinada fonte".

41. É oportuna a lição de EDVALDO BRITO, *Limites da Revisão Constitucional*, 1993, pág. 121, ao sustentar que "o poder constituinte é um poder jurídico e não mero fato, porque, reconhecido pela ordem jurídica, como uma força real de eficácia sempre atual, é capaz de criar uma nova ordem jurídica quando circunstâncias típicas provocarem oportunidades para o seu exercício, seja para uma modificação de conjunto da Constituição jurídica, seja para reformulação parcial".

42. Faz-se necessário ressaltar as palavras de GOMES CANOTILHO, *op., cit.*, pág. 67, quando afirma que "mesmo quando o poder constituinte não seja concebível, em termos realísticos, como um poder juridicamente regulado, nem por isso ele deixa de ser política e juridicamente relevante".

43. Na ilha de Robson Crusóé, não há exercício do poder constituinte. Ele não existiria, porque não há Estado, não há relações jurídicas, não há sociedade. A necessidade, pois, de se fundar um ordenamento (poder constituinte) decorre de um conjunto de normas pré-existentes (por exemplo, da norma fundamental na linha kelseniana) numa sociedade para limitar o exercício do poder político.

não se confunde com o responsável pelo seu exercício. O poder constituinte é exercido pela entidade ou órgão que toma a decisão de romper a ordem preexistente e assume a inerente responsabilidade histórica de determinar o novo conteúdo de uma Constituição⁴⁴. Numa sociedade democrática, o Poder Constituinte pertence ao povo, seu titular absoluto, ainda que ele venha a ser indiretamente exercido, ou seja, por intermédio de representantes políticos. Entretanto, não há de se confundir, reitere-se, o titular do poder constituinte com o seu agente exercente que é entidade ou órgão diretamente elaborador da Constituição do Estado – é quem se investe no poder constituinte formal, isto é, há investidura e não delegação de poder. A Assembléia Nacional Constituinte, órgão coletivo e agente exercente do Poder Constituinte, é, pois, designada a estabelecer uma Constituição, fielmente tradutora da soberana vontade popular. O poder da Assembleia Nacional Constituinte, agente da soberania popular⁴⁵, se esgota, mas o Poder Constituinte permanece com o povo. A obra editada então pelo agente deve ser aceita pelo povo, quando sujeita à sua manifestação de vontade através de referendo popular, ou tacitamente quando lograr-se obter eficácia ao ser colocada em prática⁴⁶.

Com efeito, não há co-titularidade do poder constituinte entre o povo e o governo, pois o seu titular só pode ser o povo, como bem leciona GOMES CANOTILHO, que o concebe como uma *grandeza pluralística*, formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, que agregam interesses, ideias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflituantes⁴⁷. Entre os princípios que densificam o

44. Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 88.

45. WALBER AGRA, *op., cit.*, pág. 74, seguindo as lições de LUIS RECASÉNS SICHES, afirma que: “o Poder Constituinte não se esgota com a realização do Texto Constitucional: a soberania popular, detentora da titularidade do Poder Constituinte, permanece com o povo de forma potencializada, à espera de uma nova decisão para se manifestar”. O princípio da soberania popular consubstancia-se na detenção da titularidade do poder constituinte pelo povo, que permanece antes, durante e após o exercício do poder constituinte formal pela Assembléia Constituinte Nacional.

46. Cfr. AUGUSTO ZIMMERMANN, *cit.*, pág. 126.

47. GOMES CANOTILHO, *op., cit.*, pág. 76, acredita que só o povo real – comunidade aberta de sujeitos consituíntes – que entre si “contratualizam”, “pactuam” e consentem o modo de governo da cidade, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social. FRIEDRICH MÜLLER, *Quem é o*

princípio maior do poder constituinte, está o da representação, que legitima a investidura do seu exercício através dos representantes, diretamente eleitos pelo povo (art. 1º, parágrafo único da CF/88)⁴⁸.

Quanto às formas de exercício do poder constituinte, impende consignar que o desencadeamento do procedimento está, em regra, associado a momentos constitucionais extraordinários, quais sejam, a revolução, o nascimento de novos estados, as transições constitucionais, os golpes de Estado, etc⁴⁹, o que implicará, necessariamente, nos princípios constitucionais que nortearão os fundamentos da nova Carta Política⁵⁰.

1.5. PODER CONSTITUINTE, PODER REFORMADOR, PODER DECORRENTE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O poder constituinte é único. Não se há de dividir um poder indivisível e indissociável em categorias que contrariem o seu conceito⁵¹.

Com efeito, a classificação do poder constituinte, em originário ou de primeiro grau e em derivado ou de segundo grau, contraria a essência do

povo?, 2003, págs. 47 e segs., esmiúça a concepção de povo ao tratar de “povo” como povo ativo, como instância global de atribuição de legitimidade, como ícone, como destinatário de prestações civilizatórias do Estado e como conceito de combate.

48. O princípio da representação não pode, pois, entrar em colisão com o do poder constituinte, pois é seu sub-princípio e serve de instrumento para o povo escolher os seus representantes que atuarão na Assembléia Constituinte para a elaboração da nova Constituição.

49. Cfr. GOMES CANOTILHO, *op., cit.*, pág. 77.

50. A Constituição Federal Brasileira de 1988 é peremptória ao afirmar que os seus fundamentos são a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º).

51. Para EDVALDO BRITO, *Limites da Revisão Constitucional*, 1993, pág. 71, por ser potência o poder constituinte, ele é denominado fundacional ou originário, porque ou inaugura uma ordem constitucional ou instaura uma ordem completamente nova ao acionar a sua eficácia atual, não existindo, portanto, poder constituinte constituído ou derivado. Nesse sentido, Cfr. CARLOS AYRES BRITTO, *op., cit.*, pág. 96; AUGUSTO ZIMMERMANN, *op., cit.*, pág. 126; PAULO BONAVIDES, *Curso... cit.*, pág. 130.

princípio metaconstitucional do poder constituinte. Se o poder é derivado ou de segundo grau, constituinte ele não é; pode ser reformador (poder constituinte de reforma do texto originário da obra constitucional)⁵² ou decorrente⁵³.

Sucedee, pois, que o poder constituinte estabelece que outros poderes, *constituídos* por ele, respeitados os limites que lhes são impostos (temporais, circunstanciais, materiais e procedimentais), terão legitimidade de: a) ou reformar o texto da Carta Constitucional ou b) de atribuir aos estados federados a autonomia de criar uma Constituição⁵⁴, respeitando os dispositivos da Constituição do Estado Federal⁵⁵. Assim, somente nesse contexto é que se pode apresentar a seguinte tipologia do poder constituinte: 1) poder constituinte *originário* (de primeiro grau ou genuíno), e 2) poder constituinte *derivado* (de segundo grau ou secundário). Este último, nos países de

52. WALBER AGRA, *op., cit.*, pág. 79, entende que a denominação de Poder Reformador é tecnicamente mais precisa, em vez de Poder Secundário ou de Poder Constituinte Derivado, tendo em vista que constituinte provém do latim *constituire*, que significa constituir, e o que modifica algo existente não pode ser originário.

53. Cumpre assinalar a opinião de WALBER AGRA, *op., cit.*, pág. 77, ao suscitar que, enquanto o poder reformador é aquele que tem a função de alterar a Constituição, podendo essa reforma consistir em acréscimo, modificação ou parte do seu texto, o poder decorrente é aquele responsável por criar as Constituições dos Estados-membros. Outrossim, o ordenamento brasileiro compreende duas modalidades de poder reformador, quais sejam, a emenda (art. 60, § 4º) e a revisão (art. 3º do ADCT), que se submetem aos mesmos limites, apesar da não previsão expressa no texto constitucional quanto à última, que não pode ser mais utilizada. O ordenamento lusitano comporta nos arts. 284º ao 289º a revisão constitucional. O poder decorrente só pode ser exercido pelos Estados-membros, não sendo admitida a hipótese do seu exercício pelos municípios, pois estes são subordinados às Constituições dos Estados que integram, ou do contrário, estar-se-ia cogitando a existência de um poder decorrente decorrente.

54. A Constituição de 1988 determinou que cada Assembléia Legislativa, com poderes plenipotenciários, elaborasse as respectivas Constituições estaduais, no prazo de um ano, contado da data da promulgação (art. 11 do ADCT).

55. O art. 25 da Constituição Federal Brasileira preconiza que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios do seu texto.

organização política federal e de constituição rígida, ainda pode se distinguir em: 2.1) poder constituinte *reformador*, e 2.2.) poder constituinte *decorrente*.

Observa-se, pois, a intrínseca relação dos poderes jurídicos provenientes do poder constituinte⁵⁶ com os princípios constitucionais, haja vista que:

- a) No que tange às limitações do exercício do poder reformador, as limitações materiais – os núcleos duros e irreduzíveis dos textos constitucionais – são densificações dos princípios políticos-constitucionais⁵⁷;
- b) E em relação ao poder decorrente, os Estados-membros devem repetir nas Constituições Estaduais alguns princípios constitucionais da Carta Federal, assim como não confrontar os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII da CF/88), sob pena de intervenção federal no Estado infrator.

1.6. OS LIMITES PRINCIPOLÓGICOS DO PODER CONSTITUINTE

Assim como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição, o poder constituinte também possui limites, pois não é capaz de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios⁵⁸.

Com efeito, como ressalta LUZIA CABRAL PINTO, não se pode fazer tábua rasa dos princípios ordenadores em que se assenta a práxis da comunidade

56. EDVALDO BRITO, *op. cit.*, pág. 75, entende que o poder constituinte é *potência*, pois representa uma autoridade suprema cujas atribuições não derivam de nenhuma outra autoridade, enquanto os entes que emendam e revisam têm *competência*, cujo procedimento é previamente estipulado.

57. Na opinião de JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 227, os limites específicos da revisão podem exibir princípios fundamentais da Constituição, assim como princípios que o legislador tenha alçado ao nível dos limites materiais, sem que se identifiquem com a essência da Constituição material.

58. Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 124

eventualmente carecida de um nova Constituição, ou seja, dos princípios constitutivos da ideia de Direito dessa comunidade concreta, uma vez que há princípios preexistentes e ordenadores da praxis comunitária⁵⁹.

Insta salientar a classificação de JORGE MIRANDA⁶⁰, ao afirmar que são três as categorias de limites materiais ao poder constituinte: limites *transcendentes*, *limites imanentes* e *limites heterónomos*. Os primeiros correspondem aos imperativos do direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva (v.g., aqueles que vedam a previsão ou restauração a pena de morte). Os limites imanentes decorrem da soberania e da forma do Estado (v. g., aqueles que obstam um Estado Federal, que pretende continuar a sê-lo, passar a Estado unitário). E os últimos que são provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos, referindo-se a princípios, regras ou atos de Direito internacional, donde resultem obrigações para todos os Estados ou só para certo Estado; e também as regras de Direito interno. Estes, por sua vez, dividem-se em *limites heterónomos de carácter geral*, que correspondem aos princípios do *jus cogens*; *limites heterónomos de Direito internacional de carácter especial*, que correspondem a limitações de conteúdo da Constituição em razão do Estado ter assumidos deveres para com outro, com outros Estados ou com a comunidade internacional e os *limites heterónomos de Direito interno*, que consignam os limites recíprocos entre a União Federal e os Estados Federados.

Nesse mesmo sentido⁶¹, GOMES CANOTILHO considera que, apesar do poder constituinte ser inicial, autônomo, incondicionado e onipotente, ele considera que ele sofre limitações em face de certos *princípios de*

59. LUZIA M. S. CABRAL PINTO, *Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição*, 1994, págs. 70 e segs., trata com muita propriedade dos limites do poder constituinte, sustentando que uma Constituição será legítima quando está em conformidade com os valores dominantes da consciência social, que configuraria uma orientação geral.

60. *Op. cit.*, págs. 124 e segs.

61. Cfr. também MARCOS WACHOWICZ, *op. cit.*, págs. 58 a 60; EDVALDO BRITO, *op. cit.*, págs. 92 e segs.

justiça (princípios suprapositivos ou princípios supralegais mas intra-jurídicos) e aos *princípios de direito internacional*, quais sejam o princípio da independência, princípio da autodeterminação e o princípio da observância de direitos humanos⁶².

É cristalino, portanto, que o princípio do poder constituinte, ao mesmo tempo que encerra princípios constitucionais, é limitado por princípios que correspondem aos valores prevalecentes de um contexto interno e internacional. O princípio do poder constituinte material, pois, não poderá, sob pena de injustiça da lei constitucional, infringir limites transcendentais; nem o princípio do poder constituinte formal dispor contra limites imanentes⁶³.

2. USURPAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Etimologicamente, *usurpar* deriva do termo latino “*usurpo*”, que significa usar, servir-se, valer-se ou gozar de algo sem direito, de modo indevido⁶⁴.

Impende consignar que o exercício do poder constituinte formal pode ser usurpado⁶⁵ quando houver desrespeito por quem se investiu de exercer o poder constituinte formal (assembleia constituinte) em dissonância com

62. Cfr. *Direito...*, *cit.*, pág. 81 e segs.

63. Cfr. JORGE MIRANDA, *op., cit.*, pág. 227.

64. Cfr. ANTÔNIO HOUAISS e MAURO DE SALLES VILAR, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, 2003, pág. 3646.

65. PAULO BONAVIDES, *cit.*, págs. 122-23, considera que houve usurpação do poder constituinte na Revolução Francesa, um vez que “a burguesia revolucionária generalizou portanto aquilo que, de natureza, na ocasião de seu advento, definia apenas um interesse de classe ou uma ideologia. Assim sucedeu também com a liberdade, a igualdade e a democracia, o Estado de Direito, hipostasiados a todo o gênero humano, e aconteceria depois com o poder constituinte da nação, apresentado como o único legítimo, mas trazendo nada menos que o ascendente privilegiado e governante da burguesia, uma classe convertida já em classe dominante. Seu poder inculcava a abstrata anuência de toda a coletividade, cuja representação ela de certo modo usurpava”.

os interesses do seu titular: o povo⁶⁶. A usurpação decorre, portanto, do exercício indevido do poder constituinte, cuja legitimidade assenta sobre a vontade dos governados e tendo por base o princípio democrático da participação, apresentando uma extensão tanto horizontal como vertical, que permite estabelecer a força e intensidade com que ele escora e ampara o exercício da autoridade⁶⁷.

Sucede, pois, que nada impede que uma assembléia constituinte, eleita para funcionar apenas durante certo período, delibere prorrogar a sua sessão ou que delibere por assumir a plenitude dos poderes legislativos

66. A Constituição Federal de 1988 nasceu com vinte e cinco artigos eivados de vícios formais, que revelam a inequívoca usurpação do legislador constituinte de 1987. Podemos dividir os vícios da seguinte forma: **1. ARTIGOS QUE FORAM ALTERADOS ENTRE A COMISSÃO DE REDAÇÃO E A PUBLICAÇÃO - FOI ACRESCIDO O INCISO V, NO ART. 59 E ALTERADO O ART. 2º.** Foi votado: "art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - decretos legislativos; VI - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis". Foi publicado: "art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - *medidas provisórias*; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis". Em relação ao Art. 2º: foi votado como "art. 2º. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Foi publicado: "art. 2º. São Poderes da União, *independentes e harmônicos entre si*, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". **2. ARTIGOS QUE FORAM ALTERADOS PELA COMISSÃO DE REDAÇÃO (ARTS. 29, 14 E O ART. 70 DO ADCT).** Em relação ao art. 29: foi votado o seu inciso IV, alínea "c" como: "mínimo de trinta e três e máximo e cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes". Após a comissão de Redação: "*mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes*". Em relação ao art. 14: foi votado o § 3º, inciso VI, alínea "c": "vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito e Vice-Prefeito". Após a Comissão de Redação: "vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e *juiz de paz*". O artigo 70 do ADCT foi acrescentado pela Comissão de Redação: "*Fica mantida a atual competência dos tribunais estaduais até que a mesma seja definida na Constituição do Estado, nos termos do art. 125, § 1º, da Constituição*". **3. ARTIGOS QUE NÃO PASSARAM PELO CRIVO DOS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO NO PLENÁRIO DA CÂMARA: (ARTS. 5º, 14, 24, 28, 43, 61, 77, 105, 166, 167, 191, E, NO ADCT, ARTS. 5º, 70., 10, 16, 17, 19, 25, 44 E 46).**

67. Ensina PAULO BONAVIDES, *op., cit.*, pág. 138, que se a extensão horizontal se mede pela maior ou menor amplitude do colégio de cidadãos que decide sobre matéria constituinte ou elege representantes a uma assembleia constituinte, enquanto a vertical permite mensurar os distintos graus de participação dos governados: primeiro, o poder decisório sobre a Constituição, mediante *referendum* ou distintos meios plebiscitários.

do Estado⁶⁸. Entretanto, ao alterar as regras orgânicas e processuais que o precederam, a assembléia⁶⁹ estará vinculada às novas regras de direito que ela venha a editar⁷⁰.

Não é por menos que, quando do exercício do poder constituinte formal, a assembléia constituinte haverá de respeitar um conjunto de procedimentos criados por ela mesma para a elaboração da Carta Fundamental.

O poder constituinte formal carece, portanto, de uma predeterminação de formas e processos advindos do poder constituinte material, em face ao princípio da legitimidade⁷¹.

Há, portanto, princípios anteriores à própria Constituição que precisam ser respeitados pela assembléia constituinte na elaboração da Constituição escrita, quais sejam o princípio da representação, o princípio da soberania popular, o princípio democrático, etc⁷².

Nesse sentido, poderíamos até cogitar um possível controle de transconstitucionalidade, que visaria impedir o acontecimento de vícios do exercício do poder constituinte formal, como, por exemplo, a usurpação do poder constituinte. Afirmar-se-ia, então, que o controle preventivo de transconstitucionalidade seria realizado pelas próprias Comissões que elaborariam a Constituição formal, cada uma observando as formalidades da votação das normas, bem como suas limitações materiais, os limites de sua

68. Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 119.

69. CARLOS AYRES BRITTO, *op., cit.*, pág. 141, considera, inclusive, que a assembleia constituinte pode se auto-rebaixar para Assembleia Constituída, tão logo promulgada a Constituição, que jamais poderá se autopromover para Assembleia Constituinte.

70. Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 121

71. Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 118.

72. INGO WOLFGANG SARLET, *op., cit.*, pág. 69, entende que o poder constituinte é parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal, mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada.

competência, fiscalizando-se mutuamente, tendo a Comissão de Redação o papel de elucidar o texto tratado. E através do controle repressivo de transconstitucionalidade, tratar-se-ia de garantir harmonia ao ordenamento jurídico, após a publicação da norma intransconstitucional (em razão de forma ou matéria), invalidando-a ou convalidando-a, através, por exemplo, de referendo constituinte.

Entretanto, a concepção de controle de transconstitucionalidade para evitar “suposta” usurpação do exercício do poder constituinte sucumbe diante à incondicionabilidade do poder constituinte, que investiu a assembléia constituinte de elaborar a constituição escrita e poderá mudar os procedimentos formais no momento em que bem entender, ou, do contrário, não se estaria tratando de poder constituinte⁷³. Mas a partir da alteração das normas procedimentais, um novo arcabouço pré-constitucional revela-se e se impõe à assembléia constituinte que o preconizou. E tantas serão as normas procedimentais que a assembléia constituinte vier a adotar, tantas deverão ser respeitadas.

Com efeito, não se cogita aqui uma teoria procedimental do poder constituinte⁷⁴, mas afirma-se que os membros de uma assembléia constituinte têm que seguir princípios que legitimam as suas atuações, ou, do contrário, estar-se-ia cogitando numa delegação do exercício do poder constituinte: os deputados constituintes eleitos decidem de acordo com seus interesses o texto da nova carta⁷⁵.

73. Para CARLOS AYRES BRITTO, *op., cit.*, pág. 168, nenhuma norma constitucional originária pode dispor acerca do processo de elaboração de outra igualmente originária, já que todas elas nascem no mesmo instante. Para o autor, esse é uma das características centrais da Constituição: o já nascer com sua unidade formal assegurada em sua plenitude. Uma vez que não é a Constituição que principia com o Ordenamento, mas o Ordenamento que principia com a Constituição, pode-se concluir que as normas-princípio da Constituição têm como fonte imediata a norma nuclear que atesta o exercício do Poder Constituinte.

74. Afirma FRIEDRICH MÜLLER, *op., cit.*, pág. 44, que o poder constituinte significa o poder de decidir efectivamente sobre a instituição da Constituição que não pode reivindicar sua legitimidade a partir de razões procedimentais (teoria procedimental da constituição).

75. Se os princípios carregam acentuado grau de imperatividade, exigindo o respeito as condutas que impõem, o que denota o seu caráter normativo, conseqüentemente, qualquer ato que o confronte será inválido..

Faz-se oportuno frisar a opinião de FRIEDRICH MÜLLER, ao sustentar que o poder constituinte no pleno sentido do termo, maciço e real, não mais metafísico, seria o poder do povo de constituir-se, uma vez que a constituição de si mesmo não se faz por meio da redação e subscrição de um papel chamado “Constituição”. Considera que o poder constituinte seria real somente se os poderes constituídos não fossem exercidos por outros, mas pelo poder constituinte, pois não haveria poder constituinte do povo onde o poder contempla o povo em alienação; onde o povo não encontra a si mesmo, mas apenas a violência de um Estado que mantém um povo para si.

Uma norma constitucional que nasce eivada de vícios em face da usurpação do poder constituinte formal⁷⁶ por parte de membros que compõe uma assembléia constituinte só pode ser convalidada em face da materialização do princípio da legitimidade⁷⁷.

Com efeito, os 25 (vinte e cinco) artigos que nasceram com vícios na Carta Política de 1988 não podem ser objeto de controle de constitucionalidade e muito menos poderão ser validados pelo Supremo Tribunal Federal, mas foram convalidados no momento da promulgação do seu texto em 05 de outubro de 1988 e, notadamente, pela *aceitação* de suas normas pelo titular do Poder Constituinte – o povo brasileiro.

Entretanto, as vias de usurpação e manipulação da Constituição Federal Brasileira de 1988 são identificáveis através do uso desenfreado por poder reformador.

Pela primeira vez na história do Constitucionalismo Brasileiro, foi promulgada uma emenda constitucional que não alterou o texto constitucional, mas tão somente facultou ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido político pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à

76. Para PAULO BONAVIDES, *op. cit.*, pág. 347, a crise da estatalidade social no Brasil não é a crise de uma Constituição, mas a da Sociedade, do Estado e do Governo; em suma, das próprias instituições por todos os ângulos possíveis.

77. Considera FRIEDRICH MÜLLER, *op. cit.*, pág. 26, que “uma associação se constitui realmente pela práxis, não pelo diploma; não por meio da entrada em vigor, mas pela vigência: diariamente, na duração histórica”. In *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, cit. pág. 26.

sua promulgação, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão (art. 1.º da Emenda Constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016).

De fato, as tentativas de descaracterizar as opções políticas do constituinte originário vêm sendo menosprezadas, em face à tentativa de soluções midiáticas às circunstâncias políticas momentâneas, implicando total insegurança jurídica, como é o caso da discussão das eleições diretas presidenciais imediatamente, em total desacordo com os artigos 16 e 81 da CF/88.

Os governos passam; a Constituição fica.

É chegada a hora de defender a Constituição!

**INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DO CEARÁ**

DIREITO AO VOTO OU VOTO OBRIGATÓRIO?

JOÃO GONÇALVES DE LEMOS

Professor universitário, advogado, bacharel em Administração e Direito e Mestrado, todos auferidos em instituições universitárias do Rio de Janeiro; Cursos: Interamericano sobre Elaboração e Avaliação de Projetos (OEA/UFC); Planejamento em Educação Especial (UFRJ); membro de várias instituições culturais e profissionais, entre as quais Instituto dos Advogados do Ceará (IAC); Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Academias: de Ciências Sociais, Lavrense e Cedrense de Letras, Cearense de Letras Jurídicas e Brasileira de Cultura Jurídica; Sociedade Portuguesa de Estudos do Século XVIII. Sociedade de Geografia de Lisboa; Associação Inter Americana de Direito Constitucional; Divina Academia Francesa de Letras, Artes e Cultura de Paris; produção literária técnico-científica, filosófica, memorialismo e histórica. Homenageado pela Assembléia Legislativa do Ceará e pelas Câmaras Municipais de Lavras da Mangabeira, Cedro e Jaguaratama; pelas Academias de Letras de Brasília e Sul-Mato-Grossense de Letras; distinguiu-se pelas funções na Administração Federal, exercendo funções como membro das Comissões Nacional de Política Agrária e Nacional de Alimentação Escolar, Diretor do Escritório da SUDENE em Minas Gerais e Presidente do Conselho Fiscal da FENAME-MEC, além de coordenador dos cursos de graduação e pós-graduação, mestrado (UECE e Unichristus).

INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta, resumidamente, o caminho percorrido, na busca do direito ao voto e na consolidação do sistema eleitoral. Fora uma luta renhida, em particular das mulheres, e luta incansável para conquistar o direito ao voto que, por igual, resultou, também, no dever de votar, como, aliás, já era obrigatório em relação aos homens.

Desde a Carta Constitucional do Império, outorgada em 25 de março de 1824, pelo Imperador Dom Pedro I, até a Constituição cidadã, de 05 de outubro de 1988, promulgada por Ulisses Guimarães, e, mais recentemente, a Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015, a história registra uma longa trajetória do voto e uma grande luta.

Como jovem Nação, o Brasil debatia-se diante de pressões e da necessidade de institucionalização política, num Estado ainda incipiente e que enfrentava as diretrizes coloniais que dificultavam a definição do Estado a ser instalado e instaurado. É exemplo dessa luta, a criação dos cursos jurídicos que importavam no rompimento com o Estado Português e mesmo com as formas acadêmicas vindas de Coimbra.

O País vivia, assim, os primeiros momentos de sua independência política e sofria, ainda, a grande presença portuguesa, tanto que membros do Partido Português foram designados pelo Imperador para a elaboração da Carta Constitucional, entre estes o Marques de Sabará, João Gomes da Silveira Mendonça.

O sistema eleitoral estabeleceu eleições indiretas, nele os eleitores de paróquia elegem os eleitores de província e estes escolhem deputados e senadores. Fora, portanto, um sistema que excluía a maior parte da população e, por critérios os mais variados, econômicos, condição social, religiosa, entre outros, a Carta Magna representou obra do Imperador que impôs sua vontade inclusive mandou invadir o plenário do parlamento, prendendo e exilando deputados.

Dom Pedro I dividia sua atenção entre o Brasil e Portugal, assim, quatro anos depois da Proclamação da nossa Independência e dois anos da Carta Imperial de 1824, como Dom Pedro IV, Rei de Portugal, dos Algarves, etc., Decretou: “Dom Pedro Por Graça de Deus, Rei de Portugal, dos Algarves, etc. Faço Saber a todos os Meus Subditos Portuguezes, que Sou Servido Decretar, Dar, e Mandar jurar imediatamente pelas Tres Ordens do Estado a Carta Constitucional abaixo transcripta, a qual d’ora em diante regerá esses Meus Reinos, e Domínios, e que he do theor seguinte”.(Lisboa, Aos 29 de abril de 1826).

A primeira Carta Constitucional republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, estabeleceu o voto direto e somente os homens poderiam votar, havendo, ainda, outras restrições quanto à idade e a outras expressas proibições.

Na atual Constituição cidadã, artigo 14, “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei”.

MULHERES EXEMPLARES

Antes de tratar propriamente do objeto deste modesto trabalho, sob o título em epigrafe, exalto a participação das mulheres brasileiras na defesa do direito, “Mulheres Exemplares” (Damazio, Coleção Educar Nº 2, Série História, Volume I, DNE-MEC). E não só o direito da mulher ao voto ou de ser votada, nem somente o direito em geral da mulher, mas, em geral, o direito da pessoa humana.

Nísia Floresta, por exemplo, “mulher de muitos nomes” – Dionísia Pinto Lisboa, Dionísia Gonçalves Pinto, ou Nísia Floresta Brasileira Augusta – se constitui num marco do passado histórico da mulher brasileira. Ela percorreu o Brasil, desde seu berço, Sítio Floresta, no Rio Grande do Norte, hoje Nísia Floresta, em sua homenagem; esteve em Goiana, no Estado de Pernambuco; no Rio Grande do Sul; no Rio de Janeiro, onde manteve o Colégio Augusto,

e, dali, partiu para a Europa. Residiu na França, viajou por muitos países europeus e, nesse périplo, conheceu “A Vindication of the Rights of Woman”, tratado feminista da época, obra da inglesa Mary Wollstonecraft.

Conheço, um pouco, a trajetória dessa especial mulher e, na preparação de palestra que, afinal, não pronunciei, aprofundei pesquisa sobre sua vida e obra. A palestra seria no “Seminário Ano de Portugal no Brasil”, sob o tema “O Tanto Mar Que Nos Une”, organizado pela escritora Beatriz Alcântara em novembro de 2012, em Fortaleza.

Outro destaque, dos nossos dias, para uma mulher extraordinária, Dorina Gouveia Nowill, minha amiga e colega na implantação do Centro de Educação Especial, no Ministério da Educação e Cultura, no Rio de Janeiro e autora de uma obra revolucionária – “Eu venci assim mesmo”- e fora reconhecida, nacional e internacionalmente. Dorina, “Cega aos 17 anos de idade, superou os limites que a perda da visão lhe impôs e adquiriu força para realizar grande obra em benefício das pessoas portadoras de deficiências. Ela experimentou grandes vitórias: frequentar um curso na Escola Normal de Caetano de Campos – SP e, além disso, conseguir que outra aluna cega frequentasse o mesmo curso; também conseguir implantar, na sua Escola, em 1945, o curso de especialização de professores para o ensino de cegos”; ainda conseguir a Lei da integração escolar, tendo colaborado na elaboração e na regulamentação que ocorrera em 1956”.

Depois de grande obra em benefício das pessoas portadoras de deficiência, através da fundação que leva seu nome, Dorina faleceu aos 91 anos de idade, em 29 de agosto de 2010 (Lemos, 2015, p. 17).

Dorina, num processo de adaptação, entre 1936 a 1943, realizou estudos num curso normal, teve vida normal, casou-se em 1950 com Alexandre Nowill, com quem teve cinco filhos, e, como boa dona de casa, cuidou da família e, a um só tempo, realizou obra altruística.

Volto no tempo, mais uma vez, para destacar outra mulher extraordinária, D. Izabel Christina de Bragança, Princesa Imperial do Brasil,

três vezes regente do Brasil Império, figura de realce na nossa história. Basta citar a Lei Áurea que aboliu a escravidão, feito reconhecido com o título de Redentora. Esse seu espírito de profundo dever perante a Nação brasileira, custou-lhe o trono e, na partida para o exílio, disse célebre frase: “Mil tronos houvera, mil tronos eu sacrificaria para libertar a raça negra” (Lira e Bezerra, 2016, p.100).

Sãotantasasmulheresexemplares!Mas,paraencerraressereconhecimento que focalizo, entendo que a mulher brasileira tem engrandecido a Pátria. Trago, então, aquela que, pertinente a este trabalho, desenvolveu ação pelo direito ao voto. Com efeito, no ano de 1932, durante o Governo Vargas, depois de uma “campanha nacional”, o voto feminino no Brasil foi assegurado. Em 1934 fora consolidado esse direito, removidas as restrições contidas no Código Eleitoral e, no ano de 1946, como era uma obrigatoriedade masculina, esse dever se estendeu às mulheres. A partir daí registram-se algumas vitórias femininas: a primeira mulher a votar, também potiguar como Nísia Floresta, fora Celina Guimaraes Viana, direito que exerceu nas eleições de 1928. É o Estado do Rio Grande do Norte, portanto, o primeiro a regulamentar seu sistema eleitoral, sufrágio “sem distinção de sexo”.

A luta das mulheres, nada fácil, pois, o exemplo do quanto fora renhida a campanha pela consolidação desse direito, basta citar que, havendo sido eleita primeira mulher prefeita, Alzira Soriano de Souza, na cidade de Lages (RN) em 1928, o Senado anulou a eleição. Em 1933, porém, a médica Carlota Pereira de Queirós foi eleita parlamentar, sendo, assim, a primeira deputada federal brasileira e, também, a primeira que participou de uma Assembleia Nacional Constituinte (1934 e 1935).

DIREITOS E DEVERES NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

As pessoas, homens e mulheres, para exercerem plenamente a cidadania, precisam usufruir seus direitos, cobrar quando lhes forem negados, e cumprir seus deveres, sendo ideal que sejam de modo espontâneo ao exercê-los.

Esse comportamento implica ações de consciência, ao mesmo tempo, também, de solidariedade cristã e social.

Nesta parte do trabalho trago informações sobre Direitos e Garantias Fundamentais, Direitos e Deveres Individuais, desde a Carta Constitucional Imperial, outorgada por Dom Pedro I em 25 de março de 1824, até a Constituição Cidadã, vigente, promulgada por Ulisses Guimarães em 05 de outubro de 1988.

Nesse período o Brasil teve quatro constituições outorgadas - 1824, 1937, 1967 e 1969 - e quatro promulgadas - 1891, 1934, 1946 e 1988 - mas, qualquer que tenha sido o processo de elaboração da Lei Maior do Estado brasileiro, cada um desses momentos fora muito tenso, houve sempre muito debate ou, também, muito truculência ou barulho. No primeiro caso, prevaleceu o autoritarismo do Poder Executivo, o que se repetiria em outros momentos; no segundo caso, os entusiasmados debates e, às vezes exacerbados, uns querendo muito e outros não querendo ceder quase nada, uma grande luta para colocar, em primeiro lugar, o ser humano, homem e mulher, cabendo ao Estado realizar o bem comum da sociedade, num Estado Democrático de Direito.

Destacaria, como exemplos de constituições outorgadas e promulgadas, as Cartas Magnas de 1824 e de 1988. No primeiro caso, em 1823, Dom Pedro I mandou invadir a Assembleia Constituinte, exilou parlamentares, prometeu nova Assembleia, mas, no lugar, nomeou um Conselho de Estrado, composto de dez membros com incumbência de elaborar a Carta Constitucional que fora outorgada em 25 de março de 1824. No segundo caso, Carta Magna de 1988, apesar da participação de vários segmentos da sociedade, o que poderia revelar consciência cívica do povo brasileiro, ocorreram obstáculos em virtude da formação de grupos de pressão que pensam mais em si mesmos e pouca atenção dão ao interesse comum.

CARTA CONSTITUCIONAL DE 1824.

Apesar de todo o poder ser concentrado nas mãos do Imperador, no chamado “poder moderador”, a Constituição de 1824, no Título 8º estabeleceu “Garantias dos Direito Civis, Políticos dos Cidadãos Brasileiros”. O

Ato Adicional de 1834 realizou grandes modificações à Constituição e, dentro desse espírito de mudança, a edição do Decreto 484, de 25 de novembro de 1846, no que respeita ao direito ao voto, declarou como deveria ser avaliada a “renda líquida em prata, que, na conformidade da Lei Regulamentar das Eleições, deve ter o cidadão o direito para votar, e ser votado”. Fora, então, considerado razoável benefício para o cidadão.

CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891.

A Carta Constitucional de 1891 estabelece, no Título IV, Secção II, “Declaração de Direitos” dos cidadãos brasileiros, sendo todos iguais perante a lei e, assim, por exemplo, “ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da lei”. Na sua reforma de 1926, mesmo sendo uma pequena reforma, houve avanço no direito fundamental de acesso à cultura, por exemplo.

CARTA CONSTITUCIONAL DE 1934.

Além de cuidar dos direitos culturais, a Constituição de 1934 estabeleceu o direito de todos à educação para o desenvolvimento da consciência da solidariedade humana, bem como a liberdade. No Capítulo II são estabelecidos “Direitos e Garantias individuais”.

CONSTITUIÇÃO DE 1937.

Outorgada, fora chamada de “polaca”, por ser o poder nos moldes da Constituição polonesa, isto é, autoritária e que reduziu o Estado brasileiro a um único poder, o Executivo que durou entre 1937 a 1945. Apesar disso, os artigos 122 e 123 estabelecem “Direitos e Garantias Individuais”, mas não minimiza o caráter autoritário da mesma.

CARTA CONSTITUCIONAL DE 1946.

Ao longo da história, no Brasil, a vida democrática tem sofrido constantes interrupções; pela força, através de golpes, governantes democraticamente eleitos são “apeados” do governo e, mesmo assim,

continua a luta pelo Estado de Direito Democrático, sem esmorecimento. As cartas constitucionais, quase todas, têm sido concessões das elites, sendo exceções constituições promulgadas, em especial a de 1946 e de 1988 que, na elaboração principalmente na vigente Carta, houve “a participação de gente de todas as camadas sociais e econômicas, lobby dos empregados e empregadores e de entidades de vários matizes exerceram uma efetiva ação sobre o corpo constituinte”. O fato a ser registrado, porém, é o de que houve, também, desigualdade de forças, isto é, as pessoas mais modestas da sociedade sentiram-se frustradas em alguns pleitos e, mais ainda, na Carta Magna de 1946 muitos de seus dispositivos não foram executados por falta de regulamentação. Portanto, a participação popular precisa continuar na defesa dos direitos fundamentais abrigados na atual Carta Constitucional.

Na Carta Magna de 1946 foram estabelecidos “Direitos e Garantias Individuais”, os quais se acham previstos nos artigos 141, 142, 143 e 144, respectivamente: “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade... (art.141); “Em tempo e paz qualquer pessoa poderá com seus bens entrar no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos da lei” (art. 142); “O governo federal poderá expulsar do Território Nacional o estrangeiro nocivo à ordem pública, salvo se seu cônjuge for brasileiro, e se tiver filho brasileiro” (art. 143); e “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota” (art. 144).

CARTAS CONSTITUCIONAIS DE 1967 E 1969.

No Capítulo IV, artigos 153 e 154, constam os Direitos e Garantias Individuais. Sabe-se que era difícil exercer esses direitos e usufruir dessas garantias, bastando observar o teor do artigo 154: “O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal que couber assegurada ao paciente ampla defesa”.

A Constituição de 1967 foi elaborada sob a supervisão dos militares no poder, isso para legitimar o regime iniciado pelo golpe de 1964. Essa Carta Constitucional desfez a de 1946, formalizou a ditadura militar e concentrou o poder. Fora uma das Cartas mais emendadas, nela incorporados os atos institucionais, extintos os partidos políticos e, nesse período, foram editados muitos decretos-lei; a **Constitucional de 1969** nada mais foi do que uma Emenda à Carta de 1967. Teve vigência até 05 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã.

CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988.

É dito que a Carta de 1988 é símbolo da democratização do Brasil e, segundo palavra do deputado Ulisses Guimarães, ao proclamá-la, em 05 de outubro de 1988, a Carta Magna de 1988 denomina-se Constituição Cidadã. Trouxe esperança para o povo brasileiro e deu “alma nova” à comunidade nacional e, por ocasião das diferentes fases de sua elaboração, vários segmentos da sociedade participaram e, assim, “ela resultou de um processo elaborativo longo, cheio de controvérsias e mesmo de conflitos (...) e, se houve algumas frustrações, também se contabilizam avanços significativos; ambiente da Constituinte fora rico de sentimentos controversos e, por isso mesmo, participativo” (Lemos, 2012, p. 36).

Mas, sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, na Carta Magna de 1988, constantes do Título II e preocupação desta parte do trabalho – o autor Gilberto Caldas explica que “Na Constituição anterior este Título e Capítulo eram denominados de ‘Dos direitos e garantias individuais’ e colocados à altura do artigo 153, além da metade do estatuto. Na presente Constituição eles foram transportados para o art. 5º, logo no começo da Carta, não por mera coincidência, mas propositadamente, para denotar a sua índole democrática e humanística” (Caldas, 1989, p. 27).

EVOLUÇÃO DO VOTO

Início esta parte do trabalho comentando sobre a crise dos partidos políticos brasileiros. E começo trazendo a palavra do jurista Paulo Bonavides, citado por Claudia Leitão: “A representação figura como um dos temas mais

importantes da Ciência Política e do Direito Constitucional. Reconhecidamente inseparável da caracterização do Estado moderno, o princípio representativo, se bem aplicado, levanta um alicerce sólido da legitimidade ao exercício normal dos poderes” (Leitão, 1989, p. 15).

A autora faz referência a três partidos – União Democrática Nacional (UDN), Partido Social Democrático (PSD) e Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) - relata sobre prática política e faz análise programática. Por não ser possível comentário mais alentado sobre cada um dos partidos citados, trago apenas uma explicação da autora, Claudia Leitão: “Enquanto a UDN e o PSD representam o caráter conservador dos partidos dominantes com uma tendência preponderantemente coronelista, o PTB surge como um partido reformista que pretendeu levar o eleitorado não somente a uma simples adesão mas sim a uma militância partidária” (idem, p. 147).

Essa crise referida pela autora Claudia Leitão, mais as dificuldades que se constatarem no seio do eleitorado, por diferentes aspectos, um deles a questão educacional que ainda representa grande obstáculo, e, também, o coronelismo na vida política brasileira, ainda presente sob outra roupagem, tudo leva à descrença nos políticos.

Desde muito cedo, “Dizia-se das eleições que, no Brasil do Império, e, sobretudo, da Primeira República (1889-1930), formalmente corretas, em vista da documentação apresentada, eram, em verdade, inteiramente falseadas”. E o fato era que “as eleições se faziam mais nas atas que nas urnas” (Porto, 1995, p. 13).

Também, tirado da memória de meu pai, Thomaz Gonçalves de Lemos, o testemunho de que, em Lavras da Mangabeira, no Ceará, a lei era uma pessoa, uma mulher, a toda poderosa Dona Fideralina Augusto Lima, que governava usando a força, inclusive das armas. Ela, na região do Cariri cearense, foi quem melhor viveu a frase “manda quem pode e obedece quem tem juízo”. Um de seus filhos, Cel. Honório Correia Lima, ocupante do cargo de Intendência de Lavras da Mangabeira, num dado momento, passou a ignorar as orientações políticas de Dona Fideralina e, então, no dia 26 de novembro de 1907, foi

deposto à bala por sua própria mãe, ajudado por outro filho, Cel. Gustavo Augusto Lima, que assumiu o lugar antes ocupado pelo irmão.

Como se viu, o voto em Lavras não tinha vez, “o poder é dividido entre membros da família Augusto, especialmente entre os filhos de dona Fideralina, as transmissões de cargo de Intendente feitas à bala, tudo recebendo o beneplácito da senhora absoluta. As disputas são ferrenhas e a cidade começa a ocupar as manchetes dos jornais de Fortaleza e também do Rio de Janeiro” (Macedo, 2011, p.. 53).

NA CONSTITUIÇÃO DE 1824, IMPERIAL, o Sistema Eleitoral estabeleceu basicamente o seguinte:

Pelo seu art. 90, “As nomeações dos deputados e senadores para a Assembleia Geral e dos membros dos Conselhos Gerais das Províncias serão feitas por eleições indiretas, elegendo a massa dos cidadãos ativos em assembleias paroquiais os eleitores de província e este os representantes da Nação e província”;

O art. 91 estabelece regras para as eleições primárias: “Os cidadãos brasileiros que estão no gozo de seus direitos políticos” (item 1º); “os estrangeiros naturalizados” (item 2º);

O art. 92 trata das exclusões de votar nas assembleias paroquiais: “Os menores de vinte e cinco anos, nos quais não se compreendem os casados e oficiais militares, que forem maiores de vinte e um anos, os bacharéis formados e clérigos de ordens sacras” (item 1º); “Os filhos-família que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem ofícios públicos” (item 2º); “Os criados de servir, em cuja classe não entram os guarda-livros e primeiros cacheiros das casas de comércio, os criados da Casa Imperial que não forem de galão branco e os administradores das fazendas rurais e fabricas” (item 3º); “Os religiosos e quaisquer que vivam em comunidade claustral” (item 4º); “Os que não tiverem de renda líquida anual cem mil reis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos” (item 5º).

O art. 93 estabelece: “Os que não podem votar nas assembleias primárias, não podem ser membros, nem votar na nomeação de alguma autoridade eletiva nacional ou local”.

O art. 94 estabelece os que podem ser eleitores e votar na eleição dos deputados, senadores e membros dos conselhos de província: “Todos os que podem votar na assembleia paroquial. Excetuam-se: os que não tiverem de renda anual duzentos mil réis de raiz, indústria, comercio ou emprego” (item 1º); “Os criminosos, pronunciados em querela ou devassa” (item 2º).

O art. 95 estabelece que “Todos os que podem ser eleitores são hábeis para serem nomeados deputados. Excetuam-se: os que não tiverem quatrocentos mil reis de renda líquida, na forma dos arts. 92 e 94 (item 1º); os estrangeiros naturalizados (item 2º); os que não professam a religião do Estado (item 3º).

O art. 96 estabelece que “os cidadãos brasileiros em qualquer parte que existam são elegíveis em cada distrito eleitoral para deputados ou senadores, ainda quando ai não nascidos, residentes ou domiciliados”.

O art. 97 estabelece que “Uma regulamentar marcará o modo prático das eleições e o número dos deputados relativamente à população do Império”.

O Ato Adicional de 1834 realizou grandes modificações à Constituição de 1824 e, a respeito do caso voto, dentro desse espirito de mudança, o Decreto 484, de 25 de novembro de 1846, declarou “como deve avaliar-se a renda líquida em prata, que, na conformidade da Lei Regulamentar das Eleições, deve ter o cidadão para votar, e ser votado”; a mudança foi considerada razoável benefício para o cidadão.

Entre as restrições impostas pela Constituição e pelas regras ao Sistema Eleitoral, destacaria o fato do voto não secreto e, assim a descoberto, os cidadãos eleitores sofriam pressões de toda ordem, em especial pressões econômicas. Além disso, a vontade do eleitor era prejudicada, pois, num escrutínio majoritário de natureza seletiva, por exemplo, no qual o eleitor optava por um candidato, era obrigado a indicar, ao mesmo tempo, outro

para o caso em que o seu candidato preferido não atingisse a maioria de votos, sistema esse, portanto, em conflito com a manifestação da vontade do eleitor.

NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891 (15 de novembro) fora estabelecido que somente os homens poderiam votar, enquanto mulheres, menores de 21 anos, mendigos, padres, soldados e analfabetos não podiam votar.

NA VIGÊNCIA DA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1934 foi criado o Código Eleitoral e estabelecida eleição dos membros dos poderes Executivo e Legislativo.

NA CONSTITUIÇÃO DE 1937, outorgada e chamada “polaca”, o poder fora nos moldes da Constituição polonesa, isto é, autoritária e que reduziu o Estado brasileiro a um único poder, o Executivo que durou entre 1937 a 1945.

Getúlio Vargas seria deposto em 1945, como o foi, mas, algum tempo antes, tentou manter-se no poder fazendo algumas concessões políticas. Nos primeiros meses de 1945 decretou a anistia e teve início o processo de reorganização dos partidos políticos com a indicação de candidatos a presidência da República, com eleições marcadas para dezembro daquele ano.

Na verdade, Vargas não privilegiava o voto e, por isso, seu destino estava decidido: no dia 29 de outubro de 1945 fora deposto, assumindo a Presidência da República o cearense José Linhares, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF).

NA CONSTITUIÇÃO DE 1946, o sol da democracia surge com todo o brilho, deixando para trás o Estado Novo que havia chegado ao fim com a deposição de Getúlio Vargas, cabendo ao Dr. José Linhares, presidente do STF, como disse antes, assumir o poder e organizar o processo eleitoral.

A Assembleia Constituinte fora instalada em fevereiro de 1946, tendo sido eleito presidente Melo Viana e vice Otávio Mangabeira, os dois políticos da

República Velha. Foram eleitos para a Comissão de Constituição Nereu Ramos e Prado Kelly, presidente e vice-presidente, respectivamente. A Carta Magna de 1946 foi promulgada em 18 de setembro de 1946.

NA CONSTITUIÇÃO DE 1967 existe pouca referência ao povo. Eleições indiretas para Presidente da República, e, na **Emenda nº 1, de 1969**, os governadores também seriam eleitos indiretamente.

NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 as eleições passaram a ser diretas, para presidente, governador, prefeito, deputado estadual e federal, senador e vereador, sendo o voto facultativo para menor de 16 anos. Por ser bem complexo o sistema eleitoral, não será tratado neste trabalho. O fato é que a Constituição Cidadã estabeleceu: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e nos termos da lei” (art. 14).

Para concluir esta parte do trabalho, chamo a atenção para a preocupação dos legisladores do Império em estabelecer graus de importância de eleitores: votante era a denominação dada ao eleitor chamado de primeiro grau e que se distinguia do eleitor de 2º grau, o eleitor de paróquia.

O autor Walter Costa Porto cita, em sua obra, que, modernamente, a partir da legislação republicana, existem diferentes modalidades de voto: **voto a descoberto**, hoje absolutamente recusado; **voto alternativo**, escrutínio majoritário em que o eleitor, optando por um candidato, indica, ao mesmo tempo, outros para o caso em que seu preferido não atinja a maioria absoluta de votos; **voto censitário**, tem sentido amplo ou restrito, o primeiro relacionando aqueles que têm direito a votar nas eleições; e este o que delimita o número de eleitores em função de exigência de propriedade ou renda; **voto colorido**, o que utiliza cédulas de cores diferentes para cada candidato; **voto cumulativo**, quando o eleitor, em uma escolha plurinominal, pode dispor de todos ou de parte de seus votos para escolha de um só candidato; **voto da mulher**, sufrágio restrito o que nega o direito ao voto, em razão de raça, de renda, de capacitação intelectual ou de sexo.

O autor cita muitas outras modalidades de votos que apenas os menciona: voto de liderança, de minerva, de palha, de prerrogativa, de redução, do

analfabeto, em branco, encadeado, estéril, familiar, gradual ou por pontos, incompleto, limitado, múltiplo, negativo, nulo, obrigatório, pivotal, plural ou suplementar, plural dos representantes, por correspondência, por legenda, por procuração, preferencial, público, secreto, sussurrado, único intransferível, único transferível, e uninominal. (Porto, 1995, p. 346 a 388).

O destaque vai para o **voto obrigatório**, objeto deste trabalho e, a seguir, faço algum comentário sobre o mesmo. Observo que a luta pelo direito ao voto tornara-se uma obrigação que, pelo seu descumprimento implica severas sanções ao eleitor ou à eleitora. O meu melhor entendimento é o de que sobressai o dever em detrimento do direito. O eleitor ou a eleitora que não votar fica sujeito à sanção, notadamente de natureza pecuniária, também podendo dizer “que, ao lado da compulsão legal, ou formal, haveria, sobretudo em pequenas comunidades, firmemente organizadas, uma pressão informal para o cumprimento do dever eleitoral”.

Na Grécia antiga esse dever prevenia “os perigos da inação e indiferença, e punia os cidadãos que em tempos de agitação se não declarasse abertamente por algum dos partidos”. O autor cita Augusto Tavares de Lyra (Brasil, 1922) que, “sobre o voto, temos ensaiado todos os sistemas conhecidos, com exceção, apenas, do voto obrigatório, do voto proporcional e do voto das mulheres”. Costa Porto, porém, explica que Lyra “se equivocara, pois as multas indicadas pela Lei nº 387, de 1846, para os que faltassem às reuniões dos colégios eleitorais ou não participassem da escolha de juízes de paz e vereadores indicavam um começo de voto obrigatório no Império”. No Código Eleitoral de 1932 “é que veria trazer, em definitivo, e de modo amplo, a obrigatoriedade de inscrição do eleitor e do voto”.

Costa Porto conclui seus comentários sobre a obrigatoriedade do voto que, pelo Código Eleitoral, “o eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o juiz eleitoral até sessenta dias após a realização da eleição incorrerá na multa de três a dez por cento sobre o salário mínimo da região”. E, finalmente, explica que “essas multas, no entanto, nunca são cobradas, pois, após cada pleito, apressa-se o Congresso a votar projeto de lei com o perdão aos faltosos”.

VOTO E DEMOCRACIA

Democracia é uma especial forma de governo em que a soberania é exercida pelo povo. A democracia nasce na Grécia e, quase como uma coisa mágica, se espalha pelos cinco continentes, embora nem em todos os países do mundo. Ela, em alguns países e em alguns momentos é adjetivada, mas, sem me estender no comentário, registro que, aqui no Brasil, durante o regime militar, houve quem a classificasse de democracia relativa. A meu ver quem bem definiu democracia foi Sir Winston Churchill: “A democracia é a pior de todas as formas de governo, excetuando-se as demais”.

Quanto ao voto, esse instrumento à disposição do cidadão, da cidadã, constitui especial arma da democracia. O povo escolhe seus governantes e seus representantes. Na CF88 acha-se a melhor definição de voto, dentre as Cartas Constitucionais brasileiras, ao expressar que o voto significa “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei” (art.14).

Tem-se, pois, sufrágio universal, sem ser exigido qualquer critério para exercê-lo, o voto tem o mesmo valor, sem levar em conta grau de instrução do eleitor ou da eleitora e é secreto, o que significa que o eleitor ou a eleitora não precisa revelar em quem votou.

Mas a democracia e o voto que precisam andar juntos, ao logo do tempo, desde 1822 a 2016, por exemplo, têm sofrido “altos e baixos”. A seguir relato, sucintamente, como tem sido conviver, na vigência de oito Cartas Constitucionais, durante 164 anos, o que corresponde a uma média de 20 anos, aproximadamente, de intervalo. Considerando que a Carta Magna de 1824 durou todo o período Imperial, 67 anos, e a primeira Carta republicana de 1891, teve vigência de 39 anos, prevalece uma grande verdade: as Cartas Constitucionais brasileiras têm vida curta, mas, por lado, os brasileiros e as brasileiras acreditam na democracia e, por via de consequência, são convictos de que o direito ao voto a sustenta.

Entre 1930 e 2016, por exemplo, ocorreu um verdadeiro pout-pourri de fatos políticos, econômicos, militares, etc., aconteceu uma sequência de

crises que fizeram interromper a vida democrática brasileira e, durante esse tempo, o Brasil outorgou ou promulgou seis cartas constitucionais, a saber: 1934, 1937, 1946. 1967, 1969 e 1988.

Ao longo do período (1930-1945) em que Getúlio Vargas ocupou a Presidência da República, a democracia sofria com o peso do arbítrio e voto não tivera vez. A posse no poder deu-se pelo movimento revolucionário, facilitada pelos militares que, poucos dias antes, depusera Washington Luís (1926-1930) e impediu a posse de Júlio Prestes que lhe havia derrotado nas eleições. No fim da Segunda Grande Guerra Getúlio perdera condições para continuar no poder e foi apeado do governo. O presidente do STF, o ilustre cearense José Linhares, constitucionalmente assumiu o poder, na ausência do vice-presidente, do presidente da Câmara Federal e do presidente do Senado Federal.

Realizadas as eleições, eleito presidente da República Eurico Gaspar Dutra, governou no período 1946-1951 e, a partir daí, começa a sucessão de presidentes: Getúlio Vargas volta ao poder, dessa vez pelas urnas, mas termina suicidando, em virtude das pressões sobre ele e sobre seu governo (1951-1954); João Café Filho era o vice-presidente e, nessa condição, assumiu o governo, mas, por duas vezes, se afastou, por questão de saúde, e, por duas vezes, assumiu Carlos Luz, presidente da Câmara Federal; o General Henrique Lott, ex-ministro da Guerra exige de Carlos Luz que acuse um coronel de haver feito discurso contra Juscelino Kubitschek que, não atendendo, foi deposto e, no lugar, assumiu Nereu Ramos, vice-presidente do Senado Federal tendo permaneceu no cargo até a posse de Juscelino Kubitschek (1956-1961), o que deixa claro a intenção do General em garantir a posse de JK; Jânio Quadros exerceu o poder por poucos meses e renunciou em 1961, tendo assumido o poder Ranieri Mazzilli, presidente da Câmara Federal, João Goulart se achava em viagem a China; Goulart, ao regressar, como vice-presidente, assumiu o poder, por exigência militar apenas como Chefe de Estado, num regime parlamentarismo que durou pouco: através de plebiscito foi restabelecido o presidencialismo, tendo João Goulart governado entre 1961 a 1964, quando foi deposto pelo golpe militar de 1º de abril de 1964. Entre 1964 e 1985, os militares exerceram a Presidência da República.

A luta pelas “diretas já” ganhou as ruas, mas não logrou aprovação pelo Congresso Nacional. A eleição de Tancredo Neves, mesmo indiretamente, pelo Congresso Nacional, revitalizou a luta pela plena redemocratização do País. O ilustre homem público, acometido de doença muito grave, não tomou posse, no seu lugar assumiu o vice-presidente José Sarney, enquanto Tancredo veio a falecer em 21 de abril de 1985.

A seguir relato uma historinha sobre o voto, importante instrumento da democracia. Há quem entenda ser grande “amolação” votar. Ainda bem que existem pessoas, também, que comparecem às urnas, a cada pleito, mesmo isenta dessa obrigação. Essa historinha foca a questão do voto, direito ao voto ou obrigação de votar. Trata-se de um texto de autoria de Renato Sêneca Fleury publicado na Coleção Educar nº 06, sob o título “Voto e Democracia”, com o apoio do extinto Departamento Nacional de Educação do MEC (Campanha de Educação de Adolescentes e Adultos) e relata animada conversa numa “rodinha” de alunos que protestavam contra a obrigação de votar.

O professor ouviu, casualmente, a conversa e disse: - “Foi muito bom ter eu passado agora perto de vocês e o que o Batista acaba de falar é ótimo assunto para uma conversa na sala de aulas, logo mais”. De fato, há quem entenda ser grande “amolação” votar e, por outro lado, felizmente, existem pessoas que, isentas da obrigação de votar em virtude da idade, mas estão sempre presentes às urnas; essas pessoas, num gesto absoluto de grande crença na democracia, escolhem seus candidatos, guardam grande esperança no futuro do Brasil.

O texto constitui animada conversa numa “rodinha” de alunos que protestavam contra a obrigação de votar. O professor ouviu, casualmente, a conversa e disse: - “Foi muito bom ter eu passado agora perto de vocês e o que o Batista acaba de falar é ótimo assunto para uma conversa na sala de aulas, logo mais”.

Na sala de aulas a conversa foi longa e “o professor demonstrava alguma fadiga. Era tempo de concluir. Os alunos, porém, mostravam-se dispostos a ir muito mais longe”. Após breve silêncio, um dos alunos disse: - “Penso que

ele (professor) não gostou do que disse...”, enquanto outro retrucou para dizer: “- Será mesmo?... Eu, porém, não falei por mal. Nem reparei que ele vinha chegando. Se tivesse visto nada teria dito”. Outro aluno lembra: “Você se recorda do que ele disse? Que quando estivermos lendo e escrevendo corretamente irá tratar de nosso alistamento eleitoral, tirando, é claro, os que não contarem ainda dezoito anos de idade?”. Respondeu o colega: “Sim, eu me lembro, como não? Porém me admiro de que ele (professor) tenha se aborrecido com minhas palavras... Então a gente não pode dizer o que pensa e aquilo que sente?” A conversa continuou: “Qual nada! exclamou um terceiro. O professor não está zangado, não. Deixem de tolices. Respondam-me, porém: - de que vale não querer alistar-se? A lei obriga e está acabado! Por isso mesmo, quem não é eleitor não tem certos direitos”.

A conversa, primeiro entre os alunos e, depois, na sala de aulas com o professor fora longa, como disse, e levou os alunos a pensar, a refletir sobre tudo que dissera o professor. Por exemplo, a uma pergunta do professor: - “Que é melhor? Um governo escolhido pelo povo ou um governo que se impõe contra a vontade popular?” Não tiveram dúvida e responderam que era o governo que o povo escolhe. O professor faz a segunda pergunta: “Qual o melhor modo do povo escolher os seus governantes?” Um aluno respondeu e os outros concordaram: “O jeito é fazer uma eleição, professor”.

Num certo momento da aula o professor levanta-se e vai ao quadro negro, escreve, sugerindo que “Se alguém quiser, pode copiar”, e começa escrever com letra bem legível: “A base é o voto livre...”.

No final do opúsculo, Coleção Educar 06, o autor do texto conclui essa edificante historinha, entre professor e alunos: - “Que tudo está garantido na Constituição, à base é o voto livre, pedra fundamental do edifício da Democracia, regime de liberdade e paz, monumento à dignidade humana, inspirado na JUSTIÇA DIVINA”.

Os alunos, então, constataram um fato importante: “Só a obrigação de saber ler e escrever, para o alistamento, já é grande vantagem”. Ao destacar

a importância da educação, os alunos realmente reconhecem o alcance desse direito social fundamental, merece destaque no relato contido nessa historinha o que faz aflorar o debate sobre esse primordial problema, que, até nossos dias, ainda não atinge a universalidade da população.

A minha é que, por longos anos, quase quadro décadas, prestei o melhor de mim à educação nacional, no MEC e nas salas de aulas universitárias. No Palácio da Cultura, hoje Palácio Capanema, sede do MEC no Rio de Janeiro, logo no “hall” do edifício, parte superior interna do portão de acesso, pela Rua Santa Luzia, mais tarde oculto pelo prédio ‘Vale do Rio Doce’, a histórica frase de Getúlio Vargas: “O ensino é matéria de salvação pública”. Em 1930 a Educação ganhava um Ministério e em 1937 o Ministério ganhava um Palácio. Fora, pois, “marco das mudanças que ainda se processam. É a busca constante de um caminho, mesmo com incertezas, conflitos que fazem parte da vida democrática” (Lemos, 2013, p. 137).

Outra experiência de educação anterior, a registrar, prende-se à minha família, enorme família de vinte de nove membros, prole dos três casamentos de meu pai, Thomaz Gonçalves de Lemos. No caso da educação, considero meu pai um homem de índole democrática e que esteve à frente de seu tempo. Exemplo desse seu respeito pela democracia fora permitir que minhas irmãs frequentassem a escola quando, naquela época, as mulheres não precisavam estudar. Era enorme família para ser educada, eram muitos os obstáculos a vencer, um dos quais o acesso ao ensino formal, pois a escola do gênero, na época, ficava distante de nossa fazenda 600 quilômetros, na cidade do Crato, Sul do Estado do Ceará.

A solução que meu pai encontrou para resolver o problema de educação da prole foi trazer, para dentro da fazenda, professores que ministraram o ensino básico da matemática, as quatro operações, e básico do idioma pátrio, podendo escrever e ler uma carta. Essa sua preocupação com a educação dos filhos e filhas resultou em benefício, também, para os filhos dos trabalhadores e dos empregados e dos vizinhos que trouxeram seus filhos para a chamada “Escolha do Engenho Lages”. Alguns de nós,

um pouco mais tarde, concluímos cursos superiores, mas, o que foi importante, fundamental, ninguém ficou analfabeto e, ao contrário, todos foram preparados para a vida, desenvolvendo os negócios da fazenda ou tocando seus próprios negócios.

Após essa divagação volto ao objeto deste trabalho e, num rápido comentário sobre o voto, não exaustivo, focando o período do Brasil emancipado de Portugal, a partir 1822 até nossos dias. O Brasil, País de dimensões continentais, quase se acostuma viver crises, maiores e menores, e, como a história registra, foram inúmeras as interrupções da democracia, adjetivada, às vezes, mas sistema político no qual seus governantes são escolhidos pelo povo.

Perdurou, por longo tempo, a questão do voto restrito a um grupo privilegiado de brasileiros, até mesmo na Constituição Republicana de 1891, a qual estabeleceu que, somente os homens, podiam votar e as mulheres, os menores de 21 anos, mendigos, padres, soldados e analfabetos não podiam votar.

Na América, em especial na América Latina, parte do continente conhecida pelo atraso econômico e tecnológico, por outros obstáculos, se comparado com Estados Unidos e países da Europa. É lembrado que o Uruguai, em dado momento, foi conhecido como uma "Suíça Latino-Americana", pelo seu sistema eleitoral que levava a um sistema de governo democrático e tudo devido ao bom nível educacional dos habitantes.

O voto é, portanto, um instrumento importante à disposição do cidadão e da cidadã, mas não somente o voto, senão uma série complexa de ações da sociedade civil. No exercício pleno da cidadania, inclusive votar e ser votado, é que se acha o centro da democracia acha-se simbolizada no voto, sem, com isso, reduzir o sistema democrático ao ato de votar e ser votado. Sabe-se que o engajamento voluntário no processo político, a complexa atuação do cidadão, da cidadã ocorre mais efetivamente, antes e depois da eleição.

O vínculo de cidadania do indivíduo com o Estado, com a Nação, é importante, sendo o direito de votar e ser votado um direito fundamental que, por meio dele, o povo exerce o poder através de seus representantes, podendo, ainda, exercê-lo diretamente nos termos da Carta Magna (Parágrafo único do artigo 1º). Portanto, direito político, como afirma Pontes de Miranda, citado por Djalma Pinto, “é o direito de participar da organização e funcionamento do Estado” (Pinto, 2008, p. 2).

Direitos e deveres precisam andar sempre juntos, tanto isso procede que, na CF88, no Título II e Capítulo I - “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” -, constam, com o mesmo destaque, “Direitos e Deveres Individuais”. A sociedade precisa desse equilíbrio. A meu ver, como na lei vigente, ser o voto facultativo para jovens entre 16 e 18 anos e, também, para maiores de 70 anos, o assunto poderia ser debatido à luz do interesse nacional. Seria bem vindo um amplo debate junto à população.

Outra questão a ser objeto de reflexão, pertinente à obrigatoriedade de votar, prende-se a punição, notadamente pecuniária, segundo explica o autor Costa Porto “As multas nunca são cobradas, pois, após cada pleito, apressa-se o Congresso a votar projeto de lei com o perdão aos faltosos” (Porto, 1995, p. 375).

O voto acha-se presente, também, no impeachment, “remédio jurídico” constitucional, não prosperando o argumento da defesa de que se trata de um golpe, mas, por outro lado, muita controvérsia na exposição dos pressupostos jurídicos pela acusação que, no mínimo, põe o sistema eleitoral na condição de réu e a democracia como grande vítima.

Djalma Pinto chama a atenção para uma situação paradoxal: “Um cidadão não pode exercer o mandato de presidente da república porque denunciado na suprema corte. Outro, mesmo denunciado, não apenas pode exercer seu mandato, mas, inclusive, julgar o chefe do Executivo acusado de crime de responsabilidade. Isso só confirma que a vida pregressa exigida pela Constituição precisa ser levada a sério. Aliás, o Ocidente não esconde sua surpresa com o fato de os presidentes da Câmara e do Senado, a frente

do processo de impeachment em 2016, figurarem como indiciados ou denunciados pela prática de vários crimes no STF” (Pinto, 2016, p. 245/246).

Ainda sobre o Processo de Impeachment, trago algumas considerações, sem entrar no mérito da questão. No impeachment de Fernando Collor de Mello, mesmo tendo ele renunciado e, assim, havia cessado o objeto para o seu julgamento, o mesmo teve prosseguimento e o ex-presidente foi declarado “inabilitado, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis” (art. 52, Parágrafo único, in fine). Houve, sem dúvida, o fatiamento do artigo 52 da CF88.

Também, no processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff o plenário do Senado da República decidiu pela “perda do cargo”, mas, numa segunda votação, manteve sua habilitação “para o exercício de função pública”. Portanto, novamente o Parágrafo único do artigo 52 da CF88 fora fatiado.

O fatiamento do dispositivo constitucional poderia ter sido decidido pelo Senado Federal, mas, como noticia a mídia, fora decisão do ministro presidente do STF, presidente do Processo de Impeachment; mas, como ficou claro, foram os senadores e senadoras que decidiram favoravelmente à ex-presidente da República e, portanto, dificilmente o STF poderá ter outro entendimento, inclusive pode decidir em respeito ao princípio da separação dos poderes.

Inúmeros problemas desafiam toda a gente e afetam a vida de todos nós e, no dizer de Paulo Renato Rodrigues, “A única certeza é a de que não há certezas” (Rodrigues, 1997, p. 12). As repetidas crises políticas são cheias de preocupações e incertezas. A história fará o julgamento, mas a minha convicção é a de que, mesmo com toda essa “zoada”, prevaleceu o sistema democrático, mesmo que alguns tenham ficado insatisfeitos. Por mais que eu não seja político partidário, mas consciente de que os partidos são absolutamente necessários, pugno pela normalidade da vida política brasileira.

Esse meu entendimento guarda coerência com o texto da Carta Constitucional, mas, por outro lado, repito que não opino sobre os pressupostos que justificaram o impeachment da presidente Dilma Rousseff. Talvez eu possa dizer alguma coisa, com base na minha experiência de vida, ao longo de mais de 70 anos, entre 1945 e 2016. No início eu era apenas estudante secundário, fui testemunha ocular da deposição de Getúlio Vargas, mas, agora, acompanhei atentamente os debates sobre o processo de Impeachment que, por minhas modestas observações, entendo que alguma coisa precisa ser alterada na política brasileira.

Com efeito, este trabalho, embora modesto, constitui contribuição para uma reforma política. Alguns atribuem à crise brasileira a excessiva quantidade de partidos políticos; outros acusaram a presidente por não formar sua base parlamentar e, a um só tempo, acusaram-na pela coalizão, acordo com os partidos que lhe dariam essa base parlamentar.

Espera-se que a oposição, além de necessária e legítima, possa contribuir para o equilíbrio do Estado de Direito Democrático. Não somente uma oposição equilibrada, mas, também, uma imprensa livre pode ajudar ao governante na realização de seu governo. Grandemente divulgadas as tais “pautas bombas” no Congresso Nacional, na verdade elas eram o estopim que repercutiria no Palácio do Planalto e o Estado brasileiro ficou paralisado.

Após o impeachment consumado, espero que os políticos se deem conta da insatisfação das ruas e, ao contrário, evitem apontar o dedo uns aos outros na busca de culpados. Pela complexidade das questões políticas, a sociologia, talvez, possa destrinchar a teia social em que se vive; também debater problemas de natureza cultural e religiosa, também político e econômico, questões que expliquem as mudanças sociais, pois, como se sabe, a elaboração de uma lei, por exemplo, tem base na sociedade, na sua cultura e sofre influências de outros elementos históricos e ideológicos. O fato, em suma, é que tudo acontece com vista à compreensão do contexto em que se vive, na verdade uma “aldeia global”.

Sempre apreciei o ensino do mestre Pontes de Miranda e, sobre a interpretação de princípios constitucionais, disse: “Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la, ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou, se entende devam ser cumpridos, o que é pior” (Lemos, 2012, p.235). Por isso, outro ilustre jurista, Dr. Paulo Bonavides, no vigor nonagenário de forte cearense, traz contribuição através do “Código de Processo Constitucional”, que, segundo ele, as “Cartas abertas são, a nosso ver, as cartas políticas, sobretudo as da pureza republicana, do bem comum, da convivência e harmonia dos estamentos sociais, do livre tráfego das correntes de opinião por onde a democracia se oxigena e das liberdades públicas e da palavra livre que ecoa na tribuna dos parlamentos e dos órgãos de imprensa tolhendo o silêncio totalitário das ditaduras”.

Essa iniciativa mereceu do Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, ex-presidente do Conselho Federal da OAB, importante destaque: “Do Pioneiro trabalho de Paulo Bonavides, propugnando a necessidade da edição de um Código de Processo Constitucional brasileiro, dando o regramento sistemático das ações constitucionais de defesa de direitos e de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos em sintonia com as conquistas jurídicas contemporâneas” (Bonavides, 2014, p. 14).

Integrantes do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, reunidos no Ceará (26 e 27/02/2016), sob a presidência do Dr. José Horácio Halfeld Resende Ribeiro, elaboraram “Carta de Viçosa do Ceará”, na qual está expresso o pensamento da Entidade em relação aos recentes acontecimentos no cenário jurídico, especialmente sobre duas decisões - HC 126292 e RE 601314 – proferida pelo STF que considerou constitucional: a execução provisória, em segundo grau de jurisdição, e o sigilo bancário sem prévia ordem judicial. Também, na mesma época, membros do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), sob a presidência do Dr. Tício Lins e Silva, se manifestaram sobre as duas decisões do STF classificando-as, também, de “retrocesso inaceitável”.

Essas manifestações de instituições jurídicas, profissionais e acadêmicas, não significam perda de confiança na Justiça, em especial nas decisões do

STF, ápice do Poder Judiciário e guardião da Constituição Federal, mas, ao contrário, podem contribuir para o debate sobre sua atuação institucional, papel importância no Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho questiono muito mais do que respondo e, ao final, não apresento conclusão; mas, por outro lado, ao longo do mesmo, exponho questões que se constituem em fundamentos para reflexão, por exemplo, o fato da lei que impõe a obrigatoriedade do voto e culmina pena pelo seu descumprimento, mas, como explica Walter Costa Porto, citado neste trabalho, “após cada pleito, o parlamento apressa-se em votar projeto de lei com o perdão aos faltosos”.

Apesar deste trabalho se restringir à pesquisa bibliográfica, inclusive com dificuldade de acesso a maior número de obras, por escassez de tempo, face outros compromissos assumidos, e, por igual, havendo mais esforço do que domínio sobre o tema, uma coisa chamou-me a atenção: punir o cidadão e a cidadã porque não exerceram direito ao voto? Talvez a questão implique despertar a consciência da solidariedade, isto é, a obrigação de lutar, também, pela igualdade de direitos de deveres de todos para com a Nação.

Face às reformas políticas, desejadas pela população e prometidas pelos políticos, considerando, também, a velocidade do tempo, pois as mudanças acontecem a curtos prazos, e, por igual, para que se evite “perder o bonde” da história, este trabalho pode ajudar na reflexão daquele ou daquela que tiver a oportunidade de lê-lo. Mas, de qualquer modo, o cidadão e a cidadã não devem cruzar os braços e, ao contrário, devem cobrar daqueles e daquelas que estão com a “mão na massa”, pois eles dispõem do poder para as decisões institucionais, estas outorgadas pelo povo, pois, vale destacar, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Parágrafo único do artigo 1º, CF/88).

Vive-se uma crise da economia, não só brasileira, mas a nossa evoluiu em razão da crise política, e, mais ainda, a crise ética descamba para o tamanho da interpretação de cada um, cabendo à sociologia, com conceitos atualizados, destrinchar os liames dentro da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

- MULHERES EXEMPLARES, Coleção Educar Nº 02, Série Histórica-Volume I – Gráfica Muniz S A Editora, Rio de Janeiro, Campanha de Educação de Adolescentes e Adultos, Departamento Nacional de Educação-MEC.
- BONAVIDES, Paulo, in Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 16, Ano 13, dezembro de 2014, Edições Demócrito Rocha, Fortaleza, 2014.
- LEMOS, João Gonçalves de, Amigo Amiga in Revista Gente de Ação, nº 130, agosto de 2015.
- LIRA, José Luiz, e BEZERRA, José Augusto, Princesa Isabel, a Redentora, Expressão Gráfica, Fortaleza, 2016.
- LEMOS, João Gonçalves de, Tópicos de Direito-Reunião de Textos Esparsos, RDS Editora, Fortaleza, 2012.
- _____, Convergências- Reunião de Textos Esparsos, RDS Editora, Fortaleza, 2013.
- CALDAS, Gilberto, Nova Constituição Brasileira, Anotada, Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1989.
- RODRIGUES, Paulo Renato, O Desafio do 3º Milênio, Biblioteca Pública, Caxias do Sul, 1997.
- LEITÃO, Claudia, A Crise dos Partidos Políticos Brasileiros, Gráfica Tipoprogresso, Fortaleza, 1989.

- VOTO E DEMOCRACIA Coleção Educar Nº 06, Série Histórica-Volume I – Gráfica Muniz S A Editora, Rio de Janeiro, Campanha de Educação de Adolescentes e Adultos, Departamento Nacional de Educação-MEC.
- PORTO, Walter Costa, Dicionário do Voto, Editora Giordano Ltda, São Paulo, 1995.
- FLORESTA, Nísia, Opúsculo Humanístico (Introdução e Notas de Peggy Sharpe-Valadares), Cortez Editora, São Paulo, 1989.
- MACEDO, Dimas, A Brisa do Salgado, Imprece Editora, Fortaleza, 2011.
- PINTO, Djalma, Elegibilidade no Direito Brasileiro, Editora Atlas, São Paulo, 2008.
- _____ Inovações na Lei Eleitoral e a Ilusão da Ficha Limpa, HBM, Gráfica Digital, Fortaleza, 2016.

Inúmeros problemas desafiam toda a gente e afetam a vida de todos nós e, no dizer de Paulo Renato Rodrigues, “A única certeza é a de que não há certezas” (Rodrigues, 1997, p. 12). As repetidas crises políticas são cheias de preocupações e incertezas. A história fará o julgamento, mas a minha convicção é a de que, mesmo com toda essa “zoada”, prevaleceu o sistema democrático, mesmo que alguns tenham ficado insatisfeito.

Por mais que eu não seja político partidário, mas consciente de que os partidos são absolutamente necessários, pugno pela normalidade da vida política brasileira.

Esse meu entendimento guarda coerência com o texto da Carta Constitucional, mas, por outro lado, repito que não opino sobre os pressupostos que justificaram o impeachment da presidente Dilma Rousseff. Talvez eu possa dizer alguma coisa, com base na minha experiência de vida, ao longo de mais de 70 anos, entre 1945 e 2016.

No início eu era apenas estudante secundário, fui testemunha ocular da deposição de Getúlio Vargas, mas, agora, acompanhei atentamente os debates sobre o processo de Impeachment que, por minhas modestas observações, entendo que alguma coisa anda errada na política brasileira.

Com efeito, este trabalho, embora modesto, constitui contribuição para uma reforma política. Alguns atribuem à crise brasileira a excessiva quantidade de partidos políticos; outros acusaram a presidente por não formar sua base parlamentar e, a um só tempo, acusaram-na pela coalizão, acordo com os partidos que lhe daria essa base parlamentar.

Espera-se que a oposição, além de necessária e legítima, possa contribuir para o equilíbrio do Estado de Direito Democrático. Não somente uma oposição equilibrada, mas, também, uma imprensa livre pode ajudar ao governante na realização de seu governo. Grandemente

divulgadas as tais “pautas bombas” no Congresso Nacional, na verdade elas eram o estopim que repercutiria no Palácio do Planalto e o Estado brasileiro ficou paralisado.

Após o impeachment consumado, espero que os políticos se deem conta da insatisfação das ruas e, ao contrário, evitem apontar o dedo uns aos outros na busca de culpados.

Pela complexidade das questões políticas, a sociologia, talvez, possa destrinchar a teia social em que vive, problemas de natureza cultural e religiosa, também político e econômico, questões que expliquem as mudanças sociais, pois, como se sabe, a elaboração de uma lei, por exemplo, tem base na sociedade, na sua cultura e sofre influências de outros elementos históricos e ideológicos.

O fato, em suma, é que tudo acontece com vista ao entendimento do contexto em que se vive, na verdade uma “aldeia global”.

Sempre apreciei o ensino do mestre Pontes de Miranda e, sobre a interpretação de princípios constitucionais, disse: “Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la, ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou, se entende devem ser cumpridos, o que é pior” (Lemos, 2012, p.235).

Por isso, outro ilustre jurista, Dr. Paulo Bonavides, no vigor nonagenário de forte cearense, traz contribuição através do “Código de Processo Constitucional”, que, segundo ele, as “Cartas abertas são, a nosso ver, as cartas políticas, sobretudo as da pureza republicana, do bem comum, da convivência e harmonia dos estamentos sociais, do livre tráfego das correntes de opinião por onde a democracia se oxigena e das liberdades públicas e da palavra livre que ecoa na tribuna dos parlamentos e dos órgãos de imprensa tolhendo o silêncio totalitário das ditaduras”.

Essa sua iniciativa mereceu do Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, ex-presidente do Conselho Federal da OAB, destacou a importância

“Do Pioneiro trabalho de Paulo Bonavides, propugnando a necessidade da edição de um Código de Processo Constitucional brasileiro, dando o regramento sistemático das ações constitucionais de defesa de direitos e de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos em sintonia com as conquistas jurídicas contemporâneas” (Bonavides, 2014, p. 14).

João Gonçalves De Lemos - Fortaleza – Ceará – Setembro de 2016.

INFRATORES ELEGÍVEIS NO PAÍS

DJALMA PINTO

Ex-Professor de Direito Tributário da Universidade de Fortaleza, ex- Procurador Geral do Estado do Ceará, ex- Procurador da Fazenda Nacional, Autor, entre outros, dos seguintes livros: Elegibilidade no Direito Brasileiro, Marketing, Política e Sociedade, Educação para a Cidadania, Ética na Política, Inovações na Lei Eleitoral e a Ilusão da Ficha Limpa.

JARDSON CRUZ

Vice-Presidente do Instituto dos Advogados do Ceará – IAC, Membro da Academia Cearense de Letras Jurídicas (cadeira no. 24), ex- Secretário Geral da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Ceará, Ex- Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Especialista em Direito Público, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Público – IBDP.

1. ANALFABETOS NO BRASIL E AS VERBAS DESVIADAS DA EDUCAÇÃO E SAÚDE

Segundo a Unesco, o Brasil possui cerca de 14 milhões de pessoas analfabetas. Teria, portanto, a oitava maior população de adultos analfabetos¹. O fosso da desigualdade entre as pessoas tende a se agravar com a falta de escolaridade. É difícil para alguém, que não saiba ler nem escrever, competir numa sociedade que exige, em escala crescente, qualificação e ousadia. Essa revelação, por si só, é desalentadora para um país que só libertou os escravos no final do século XIX. Mais chocante e devastadora, porém, é a informação de que de 60% a 70% das verbas repassadas pela União², entre 2007 e 2010, para as áreas de educação e saúde foram desviadas pela corrupção. Isso provoca revolta e indignação nos contribuintes, que pagam uma carga fiscal elevadíssima sem reterno e com um comprovado desperdício.

Desviar dinheiro da merenda escolar, de hospitais e das escolas, num país com nível espantoso de violência, mostra o descaso dos detentores do poder político para com o bem comum; a ousadia de infratores, cujo

1. "A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), com dados coletados em 2012, mostra que a taxa de analfabetismo da população com 15 anos ou mais teve alta entre 2011 e 2012, passando de 8,6% para 8,7%. (<http://veja.abril.com.br/blog/impavido-colosso/brasil-e-o-8-pais-com-mais-adultos-analfabetos-do-mundo>, consultado em 02/08/2016).

2. **O GLOBO - Das verbas desviadas, 70% são de Saúde e Educação.** Setores que têm os maiores orçamentos da União e estão diretamente ligados aos cidadãos, Saúde e Educação são também os que mais sofrem com a corrupção no Brasil. Segundo o Departamento de Patrimônio e Probidade da Advocacia Geral da União (AGU), de 60% a 70% dos recursos públicos desviados no país são dessas duas áreas. É, por exemplo, dinheiro destinado a reformas de escolas e hospitais, compra de merenda escolar e de medicamentos, construção de quadras esportivas e procedimentos do SUS, mas que acaba indo para o ralo por causa da corrupção. Auditorias da Controladoria Geral da União (CGU) constataram, apenas entre 2007 e 2010, desvios de R\$ 662,2 milhões nesses dois setores. E quase metade dos acusados de improbidade em todas as áreas da administração pública, segundo a AGU, é de prefeitos ou ex-prefeitos. Um dos problemas é a falta de fiscalização, mas também a pulverização dos recursos. <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/nos-jornais-70-das-verbas-desviadas-sao-em-saude-e-educacao>, consultado em 01/08/2016).

excessivo prestígio e elevados danos aos bens e ao conceito das instituições estão a exigir a imediata retificação, na interpretação da Constituição, para assegurar efetividade às suas exigências de probidade e moralidade na condução dos negócios públicos. Cidadãos eleitos pelo povo, desviando verba da merenda escolar, dão razão às conclusões de Maquiavel:

“Todos os homens são, por natureza, ambiciosos, ardilosos, cruéis e corruptos. Todo aquele que desejar fundar um Estado e dar-lhe leis deverá, antes de tudo, pressupor que todos os homens são maus e sempre prontos a manifestar sua má índole sempre que lhes oferecer ocasião”³.

A coragem para desviar verba da saúde e da educação, comprova a mais absoluta falta de espírito público; atesta a nocividade da indigência cívica dos agentes públicos envolvidos nas ilicitudes. A realização do bem comum é a finalidade precípua do Estado a ser alcançada por aqueles que são investidos, no poder político, para atuar por delegação dos cidadãos.

É certo que o patrimonialismo exacerbado, que tem marcado a atuação dos ocupantes do poder como constatado por Sérgio Buarque de Holanda (2013/146)⁴, e a ausência de reação eficaz às suas ações lesivas à sociedade

3. Maquiavel, Discourses, i, 11; apud, A História da Civilização, vol. V, A Renascença. Will Durant. 2002. Rio de Janeiro: Ediora Record, p. 449-450).

4. “Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida do Estado burocrático. [...] No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal.” (Holanda, Sérgio Buarque de – Raízes do Brasil. 2013. São Paulo: Companhia das Letras, p.146).

têm contribuído para o empobrecimento do País, provocado o aumento da criminalidade e o agravamento das desigualdades. Aliás, a corrupção, ao atingir verbas destinadas à educação, destrói o pilar mais vigoroso do combate à desigualdade destacado por Condorcet, no século XVIII:

“O filho do rico não será da mesma classe que o filho do pobre, se nenhuma instituição pública aproximá-los pela instrução, e a classe que receber uma instrução mais cuidada terá necessariamente costumes mais amenos, uma probidade mais delicada, uma honestidade mais escrupulosa; suas virtudes são mais puras; seus vícios, ao contrário, serão menos revoltantes, sua corrupção menos repugnante, menos bárbara e menos incurável”.⁵

A compulsão patológica pela cobiça do dinheiro público, que sequer dispensa a merenda escolar – única fonte de nutrição de muitas crianças em diversos lugares do Brasil – tem se agravado pela ausência de efetiva sanção aos predadores da coisa pública. São estes sempre prestigiados com a garantia da elegibilidade, a despeito da quantidade de crimes que lhe são imputados. Por diferentes fundamentos, sempre têm prevalecido interpretações, buscando prestigiar os infratores da lei, ora exigindo trânsito em julgado da decisão penal condenatória (ADPF 144), ora reclamando condenação por órgão judicial colegiado (LC 135/2010) para quem tem contra si dezenas de inquéritos e denúncias recebidas por gravíssimos ilícitos contra a Administração Pública.

Sem serem efetivamente alcançados pela sanção e permanentemente elegíveis, apesar do acúmulo de denúncias nos tribunais, infratores da lei elevam o seu potencial de audácia. Mesmo com vastos predicados desabonadores, são investidos no poder político, maximizando sua agressividade e fazendo vítimas crianças indefesas, impedindo-lhes o acesso à educação de qualidade. A agressividade destrutiva desses detentores do mandato, foi bem retratada por Freud:

5. Condorcet. Cinco Memórias sobre Educação Pública. 2008. São Paulo: Editora Unesp, p. 20.

“o próximo não constitui apenas um possível colaborador e objeto sexual, mas também uma tentação para satisfazer a tendência à agressão, para explorar seu trabalho sem compensá-lo, para dele se utilizar sexualmente contra a sua vontade, para usurpar seu patrimônio, para humilhá-lo, para infligir-lhe dor, para torturá-lo e matá-lo”.⁶

A constatação pela AGU do espantoso desvio de verbas da educação e da saúde atesta, de forma eloquente, a usurpação do patrimônio, a humilhação e a dor a que são submetidas pessoas humildes por gestores literalmente desqualificados para o exercício do poder político. Aliás, para conter o acesso desses predadores ao mandato, é essencial ter em mente a finalidade precípua do poder político: realizar o bem comum. A partir dessa compreensão, é possível dar efetividade às diretrizes constitucionais que exigem avaliação da vida pregressa de cada candidato, justamente, para evitar os ataques ao dinheiro público, sobretudo, em áreas vitais para a população. Poder, lembra J. Burdeau, “É uma força, nascida da vontade social, destinada a conduzir o grupo na obtenção do Bem comum e capaz, sendo necessário, de impor aos membros (do grupo) a atitude determinada”.⁷

Salta aos olhos de qualquer observador lúcido da realidade que uma pessoa, denunciada pela prática de diversos crimes, não reúne as condições mínimas necessárias para “conduzir o grupo na obtenção do Bem comum”. Não tem credenciais para “impor aos membros do grupo atitude determinada”, objetivando a prosperidade de todos e a paz social. Pelo contrário, seu egocentrismo, o reiterado uso do poder para fazer fortuna, sua comprovada predisposição para a exploração alheia, agravada por seu descaso para com os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade o levarão a causar danos irreparáveis aos administrados, conforme sinalizam as experiências constatadas no dia a dia da Administração Pública.

6. Freud. O Mal Estar na Civilização, 2012. São Paulo: Editora Penguin & Companhia das Letras, p. 59/93).

7. Apud, Azambuja, Darcy – Introdução à Ciência Política. 2005. São Paulo: Editora Globo, p. 7.

2. A NECESSIDADE DE EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

No voto que prolatou no julgamento da ADC 29/30/ ADI 4578, o Ministro Fux mostrou a necessidade da evolução da jurisprudência para atender às exigências da população a cada dia mais perplexa e indignada com gestores, que sequer respeitam verbas destinadas a áreas vitais da sociedade. Destacou ele:

De acordo com as lições de PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO (*Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233 e seguintes), o abandono de precedentes jurisprudenciais nos sistemas de *common law* se dá, basicamente, em virtude de incongruência sistêmica ou social. Nesta última hipótese, a possibilidade de *overruling* pode advir de obsolescência decorrente de mutações sociais. *In verbis*:

"[...] A *incongruência social* alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; *corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos*. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum.

Este será surpreendido sempre que não houver uma convergência plausível entre determinada solução e aquilo que seu bom senso e seus padrões morais indicam como justo, correto, ou, ao menos, aceitável, à luz de determinados argumentos, porque são tais

elementos que ele utiliza, de boa-fé, na decisão sobre suas condutas. Para o leigo, *a certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real*. Em virtude disso, embora para os operadores do Direito, justiça e segurança jurídica possam constituir valores em tensão, para os jurisdicionados em geral, devem ser minimamente convergentes.” (Os grifos são do original.)

A mesma lógica é aplicável à ordem jurídica brasileira e, com ainda maior razão, ao presente caso. *Permissa venia*, impõe-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento da ADPF 144 reproduziu jurisprudência que, se adequada aos albores da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas, notadamente no âmbito eleitoral.

O “vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos” pode ser facilmente superado, em tema de inelegibilidade. Basta levar em consideração as distorções constatadas na vida real, a reclamarem a prevalência da força normativa da Constituição sobre a força dos infratores da lei, para preservação da moralidade exigida no seu texto.

Se parte expressiva das verbas públicas são desviadas; se pessoas com diversas denúncias recebidas por órgãos judiciais colegiados são consideradas elegíveis, portanto, aptas a gerenciar os recursos públicos e impor aos cidadãos normas de conduta, é evidente que a prevenção exigida para a proteção da “proibidade no exercício do mandato” precisa ser resgatada, impedindo-se a elegibilidade de quem, flagrantemente, não possui vida pregressa compatível com a magnitude da representação popular. Os reiterados casos de desvios estimulam a criminalidade, na base da sociedade, na medida em que levam uma legião de jovens a seguirem os exemplos de gestores que, a despeito de violarem as leis penais, são considerados aptos ao exercício do poder, por ausência de condenação por órgão judicial colegiado.

3. EFEITOS DA PRESENÇA DE DELINQUENTES NA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

A consequência da presença de delinquentes no exercício da representação popular não poderia ser outra: a maximização da violência a merecer destaque em todo o planta: “Brasil é o 11º país mais inseguro do mundo no Índice de Progresso Social”.⁸ A explicação é simples. Uma nação se educa a partir dos exemplos de quem exerce o poder. Se aqueles que representam o povo cometem crimes e, ainda assim, são elegíveis, estimulam fatalmente a violação da lei penal na comunidade política.

Por outro lado, a invocação da presunção de inocência até o trânsito em julgado para garantir elegibilidade a infratores contumazes da lei penal está em descompasso com a própria finalidade do Direito de garantir a harmonia social, impossível de ser alcançada com pessoas envolvidas em ilicitudes, atuando em nome do povo. No julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo, o Ministro Luis Roberto Barroso esclareceu que o princípio da presunção de inocência não é regra jurídica. Não pode, por isso, se sobrepor de forma absoluta sobre os demais princípios consagrados na Constituição. Escreveu ele em seu voto:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO

CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU.

8. “A violência é o principal item que puxa para baixo o desempenho do Brasil em qualidade de vida, de acordo com dados do relatório Índice de Progresso Social (IPS) divulgado nesta sexta-feira (4). Entre os 132 países analisados pelo documento, o Brasil aparece como na 122ª posição no ranking de segurança pessoal. Ou seja, considerando o final do ranking como o de país mais inseguro, o Brasil aparece em 11º lugar. O IPS é elaborado pela da organização sem fins lucrativos Social Progress Imperative e seus dados estão divididos em três grupos: necessidades humanas básicas, fundamentos de bem estar e oportunidades. (<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/brasil-e-o-11-pais-mais-inseguro-do-mundo-no-indice-de-progresso-social.html>, consultado em 04/08/2016).

1. A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII).

2. A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:

(i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecurribilidade. Leitura sistemática dos

incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;

(ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes.⁹

9. Sobre a necessidade de adequação da interpretação da Constituição à realidade dos fatos onde ela tem vigência, o Ministro Barroso foi mais esclarecedor:

“III. A OCORRÊNCIA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

6. É pertinente aqui uma brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado.

7. O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade”.

Assim, por não ser regra jurídica, a presunção de inocência se sujeita à ponderação de valores, podendo ser afastada a sua aplicação quando esta importar em ameaça aos cofres públicos, bem caracterizada com a investidura no poder político de pessoas com várias denúncias recebidas por órgão judicial colegiado. Nesse caso, a aplicação do princípio da presunção de inocência deve ser posta de lado, prevalecendo o princípio exigência de vida pregressa compatível com a magnitude da representação popular, consagrado no art. 14, § 9º da Constituição.¹⁰

4. DECLARAÇÕES DE DIREITO NÃO EXIGEM A TRÂNSITO EM JULGADO DE CONDENAÇÃO

Ao contrário do que propagado por muitos, as Declarações de Direito, produzidas no curso da história da humanidade para proteção da liberdade, jamais exigiram trânsito em julgado de decisão penal condenatória para supressão da presunção de inocência. Fruto do iluminismo, que levou à prevalência da razão sobre a fé, jamais sustentariam, por exemplo, a presunção de inocência de um peculatório condenado pelo juiz singular, com base na farta documentação comprobatória da prática do crime, alegando falta do trânsito em julgado da decisão que lhe aplicou a sanção. Exigem todas elas apenas comprovação da culpabilidade, como destacado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹¹, sem qualquer alusão à coisa julgada.

10. Art. 14, § 9º: Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

11. Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789 - Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, Adotada e proclamada pela resolução 217A(III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 - Artigo XI - 1..

5. DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA VIRGÍNIA E O COMPROMISSO DE SERVIR À COLETIVIDADE COMO REQUISITO PARA EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Ao contrário dos que buscam fundamento nas declarações de direito para garantir o acesso ao poder político de infratores recorrentes da lei, a Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776, considerada por muitos como a fonte inspiradora do constitucionalismo moderno, condicionava, no seu art. 6º, o direito de votar e ser votado à plena consciência do bem comum, ao compromisso com a coletividade: “as eleições de representantes do povo em assembleia devem ser livres, e que todos os homens **que deem**

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente **até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei**, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Conselho da Europa - Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Modificada nos termos das disposições dos Protocolos nºs 11 e 14). Adotada em Roma, a 4 de Novembro de 1950. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de Setembro de 1953. Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo). 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração **presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada**.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Artigo 8. Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência **enquanto não se comprove legalmente sua culpa**. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

provas suficientes de interesse permanente pela comunidade, e de vinculação com esta, tenham o direito de sufrágio e não possam ser submetidos à tributação nem privados de sua propriedade por razões de utilidade pública sem seu consentimento, ou o de seus representantes assim eleitos, nem estejam obrigados por lei alguma à que, da mesma forma, não hajam consentido para o bem público.” Desde o século XVIII, os povos mais evoluídos perceberam que o parlamento não pode ser abrigo de delinquentes. Essa conscientização é essencial para a construção de um Estado incentivador e não destruidor da prosperidade.

A LC 135/2010, ao assegurar elegibilidade a pessoas com dezenas de denúncias recebidas por órgãos colegiados do Poder Judiciário, na verdade, atritou-se com a Constituição. Exige esta o exame da vida pregressa de quem se dispõe a ser candidato para, na sua própria dicção, “proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato” (art. 14, § 9º). Um delinquente acusado da prática de diversos crimes, com várias denúncias recebidas por órgão judicial colegiado, sob todos os ângulos, representa uma ameaça à probidade do mandato. A menos que se qualifique como “troféu” o excesso de ousadia atestado pelo volume de denúncias acumuladas contra este, para credenciá-lo à participação no certame eleitoral que, inevitavelmente, resultará contaminado com sua presença desagregadora.

6. O EFEITO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO

De forma enfática, a Constituição atribui efeito jurídico relevantíssimo ao recebimento da denúncia. A prova irrefutável disso é que não manda aguardar a condenação do Presidente da República pelo STF para afastá-lo do exercício do mandato conquistado nas urnas. Do simples recebimento da denúncia, resulta o imediato afastamento do Chefe do Executivo da sua função por determinação do seu art. 86, § 1º:

O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

Portanto, a própria Constituição explicitou a incompatibilidade entre a denúncia recebida e a elegibilidade. O interesse de um infrator, ávido pela conquista do poder, não pode obscurecer os riscos e a ameaça à probidade que ele representa, daí a impossibilidade de sua participação no processo eleitoral em decorrência de sua vida pregressa pontilhada de processos criminais.

A garantia de elegibilidade a pessoas com várias denúncias recebidas, na Suprema Corte, resulta numa das situações mais aberrantes já vivenciadas no mundo do Direito: a transformação de infratores em julgadores nos crimes de responsabilidade. No caso de impeachment, em que ao Senado cabe o julgamento do Presidente, senadores, com um rosário de denúncias recebidas pelo STF por diferentes crimes, são transformados em magistrados. A injustiça é flagrante. Como é possível o presidente ser afastado do cargo porque recebida a denúncia contra ele por crime de responsabilidade e seus julgadores que, também estão denunciados pela prática de crimes, se manterem elegíveis, aptos ao exercício do mandato? A competência assegurada a um infrator para impor condenação supressora de direitos políticos é a comprovação mais eloquente do desrespeito à Constituição pela fragilização na avaliação da vida pregressa dos candidatos a cargo eletivo. Confirma, noutra vertente, o descompasso entre a LC 135/2010 e o rigor desejado pela Lei Maior, a exigir a prevalência de sua força normativa para considerar inelegível que tem contra si denúncia recebida por órgão judicial pela prática de crime gerador de inelegibilidade.

7. TOLERÂNCIA DA CORRUPÇÃO E O FRACASSO DOS ESTADOS

Estados que não reprimem a corrupção de forma eficiente estão condenados ao fracasso.¹² Em igual situação se encontram os Estados em que a proteção do interesse privado se sobrepõe ao interesse público. Francis Fukuyama, analisando a situação caótica da Grécia, anotou:

“Apesar de a Grécia ser uma das sociedades mais etnicamente homogêneas do mundo, os gregos dividiram-se por famílias, parentesco, região, classe e ideologia. Estas clivagens sociais são alimentadas pelo fato de os gregos nunca terem visto o estado como protetor de um interesse público abstrato, como são vistos os Estados alemão ou francês. Pelo contrário, o Estado é visto como um ativo a ser apropriado e explorado para a obtenção facciosa e tacanha de benesses. Por conseguinte, nenhum partido grego colocou na sua agenda a reforma do estado. Quando a União Europeia e o FMI exigiram às autoridades gregas reformas estruturais em troca da reestruturação da dívida, o governo dispôs-se a considerar praticamente toda e qualquer forma de austeridade antes de aceitar pôr fim ao controle partidário do patrocínio”.¹³

12. Explicam Daron Acemoglu e James A. Robinson: “As instituições econômicas estabelecem os incentivos econômicos: os incentivos para as pessoas se instruírem, pouparem e investirem, para inovarem e adotarem novas tecnologias, etc. É o processo político que determina o tipo de instituições econômicas existentes e são as instituições que determinam como esse processo funciona. Por exemplo, são as instituições políticas de uma nação que determinam a capacidade de seus cidadãos, no que se refere a controlar os políticos e a influenciarem o comportamento destes. Por sua vez, isto determina se os políticos são representantes, ainda que imperfeitos, dos cidadãos, ou se são capazes de abusar do poder que lhes foi confiado ou que usurparam para fazer fortuna pessoal e tentar alcançar os seus próprios objetivos, nomeadamente os prejudiciais aos cidadãos”. (As Origens do Poder, da Prosperidade e da Pobreza – Por que as Falham as Nações. 2015. Lisboa: Temas e Debates – Círculos de Leitores, p. 58).

13. Fukuyama, Francis, *Ordem Política e Decadência Política*. 2015. Alfragide/Portugal: D.Quixote, p. 151

Enquanto persistir essa compreensão de estado protetor de interesse privado, sem garantir-se a efetividade dos princípios da impessoalidade e da moralidade, com políticos abusando do poder para fazer fortuna, o fracasso é inevitável. Todos são convocados a pagar os gastos para manutenção das instituições públicas, mas nenhuma atenção é dada aos cidadãos que pagam essas despesas, como se os agentes públicos não lhes devessem satisfação. A falta de apreço ao Bem comum está na raiz do empobrecimento das nações, daí advindo a própria corrupção, estimulada pela autorização para que infratores contumazes da lei contaminem o processo eleitoral. Buscam eles, mesmo após causarem danos aos cofres do Estado, a conquista do poder sob o argumento de não terem sido condenados no órgão judicial colegiado em que tramitam as denúncias recebidas, há muitos anos, por seus crimes contra a Administração.

No HC 126292, o Ministro Barroso demonstrou a necessidade de mutação constitucional diante da prescrição de milhares de processos de acusados por crime de corrupção:

9. De acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-eimprobidade-em-2012>.

É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com *status* constitucional.

13. Trata-se, assim, de típico caso de **mutação constitucional**, em que a alteração na compreensão da realidade

social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou.

A presença de infratores da lei no exercício do mandato é o prenúncio da falência da democracia. A ira de Rousseau, contra a presença de delinquente no exercício da representação popular, pode ser avaliada, tomando como base o seu repúdio a simples ideia de delegação do poder a pessoas indicadas pelo povo:

“Examinaremos se é possível que o povo se despoje de seu direito de soberania para com ele revestir um ou vários homens. Para Rousseau, a soberania do povo, na sua unidade indivisível, não pode ser representada porque a vontade não se representa. [...] Em consequência, como “qualquer lei que o povo em pessoa não tenha ratificado é nula, não é uma lei”, um Estado no qual o povo tivesse representantes não teria leis verdadeiras. Portanto, segundo Rousseau, a ideia “moderna” da representação, que implica, diz ele, a partilha da vontade geral, atenta necessariamente contra a plenitude indivisível da soberania do povo: ela é uma abdicação”.¹⁴

A Constituição consagra a representação popular, mas o poder delegado aos representantes se destina, exclusivamente, para atuarem estes na busca do melhor para todos, jamais para o cometimento de ilicitudes. Pessoas envolvidas com a criminalidade, com denúncias recebidas nos tribunais, são, por imposição da Lei Maior, inelegíveis. É preciso sempre ter em

14. Apud, Fabre, Simone Goyard, Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno.2002. São Paulo: Martins Fontes, p. 182.

mente que a educação é a arma mais poderosa contra a violência. Por isso, os agentes políticos que desviam suas verbas são os piores parasitas da sociedade. Destroem a esperança e o sonho dos jovens, lançando a nação nas trevas da obscuridade. Não se justifica serem elegíveis, a menos que se busque a destruição da pátria.

8. BIBLIOGRAFIA

Acemoglu, Daron e Robinson, James A. - As Origens do Poder, da Prosperidade e da Pobreza – Por que as Falham as Nações. 2015. Lisboa: Temas e Debates – Círculos de Leitores.

Azambuja, Darcy – Introdução à Ciência Política. 2005. São Paulo: Editora Globo

Condorcet. Cinco Memórias sobre Educação Pública. 2008. São Paulo: Editora Unesp.

Freud. O Mal Estar na Civilização, 2012. São Paulo: Editora Penguin & Companhia das Letras.

Fabre, Simone Goyard, Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno.2002. São Paulo: Martins Fontes,

Fukuyama, Francis, Ordem Política e Decadência Política. 2015. Alfragide/Portugal: D.Quixote.

Holanda, Sérgio Buarque de – Raízes do Brasil. 2013. São Paulo: Companhia das Letras

Will, Durant. 2002. Rio de Janeiro: Ediora Record.

OS MECANISMOS PARA O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO POLÍTICA – O CARCINOMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ROBERTO VICTOR PEREIRA RIBEIRO

Advogado Parecerista, Jornalista, Escritor, Professor e Chefe do Departamento de Direito Processual da Faculdade Farias Brito (CE), Membro da Academia Cearense de Letras Jurídicas, do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Secretário-Geral do Instituto dos Advogados do Ceará (2016-2019), da Academia Cearense de Retórica, da Academia Brasileira de Hagiologia, Juiz-Conselheiro do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil seção Ceará (2011-2013), Diretor Ouvidor da Escola Superior de Advocacia – ESA/CE (2015-2019), editor da coluna “Direito & Arte” na Revista Visão Jurídica, membro de diversos Conselhos Editoriais e autor das seguintes obras: O Julgamento de Jesus Cristo sob a luz do Direito; O Julgamento de Sócrates sob a luz do Direito; Questões Relevantes de Direito Penal e Processual Penal, Voando com os Deuses da História e Manual de História do Direito.

FERNANDO GENTIL GIZZI DE ALMEIDA PEDROSO

Advogado. Presidente da Comissão de Cultura da 18ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil – São Paulo (2013/2015; 2016/2018). Professor no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP), do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH), da Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP – Madrid) e investigador no International Center of Economic Penal Studies (ICEPS – New York) e de projetos coordenados pela Secretaria Geral para América Latina (Montevideo).

1. PROPEDÊUTICA

Independente do modelo civilizacional empregado ou da forma de estruturação do Estado, a corrupção sempre se fez presente – seja como mecanismo de enriquecimento espúrio ou como instrumento de contraprestação.

Ocorre, entretantes, que com a globalização, a fluidez de capitais desterritorializados – que enfraquece o conceito de Estado-Nação, como o centro único do poder político e regulador da vida econômica¹ – e a incessante continuidade das relações financeiras globais, exsurgiu um maior engendramento das estruturas delitivas.

Dentro desta perspectiva, desponta a corrupção com uma dimensão nunca antes vista; apta a atingir bens jurídicos dos mais variados – seja lesando interesses individuais e concretos (v.g. patrimônio) ou, de outro turno, transindividuais e abstratos (v.g. ordem econômica) – e com uma verberação transnacional – como se vislumbrou, recentemente, com o *Panamá papers*, onde diversos indivíduos de inúmeras nacionalidades, sendo alguns chefes de Estado, se valiam de empresas em paraísos fiscais (*offshore*) para a concreção de um número plural de atos ilegais (como evasão fiscal, tráfico de drogas, dentre outros).

Decerto, hialino que, como um carcinoma, a corrupção degenera as estruturas intestinas do Estado Democrático de Direito: usurpa funções do Estado e se aproveita do caos urbano e de políticos existentes para se alimentar, crescer e se disseminar dentro do sistema imunológico Estatal – vindo, nessa toada, a mitigar algumas das funções vitais da Administração Pública.

Por esta razão, com a constante mutação existente no mundo real (plano do ser), se faz imperioso, de forma reflexa, que a doutrina busque mecanismos para adaptar o plano a ela intimamente ligado: o do dever-ser².

1. PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; CERVINI, Raul; CARVALHO, Jaqueline Lourenço Rodrigues Lopes de. O anfiteatro do Direito Penal Econômico: seus postulados comezinhos e a avaliação dos critérios mais apropriados à delinquência econômica. In: *Revista Jurídica Lex*. Volume 74. São Paulo: Lex. 2015. P.395.

2. KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do Alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

Noutra palavra! Faz-se necessário que o Direito, para não ficar desassociado da realidade havida – o que traria uma sensação de insegurança jurídica e de descrédito por parte da sociedade –, tente se ajustar a ela, buscando novos instrumentos e sistemas para atenuar a corrupção e a criminalidade hodierna.

Desta sorte, replicam no epicentro da sociedade diversas elucubrações (como as 10 medidas contra a corrupção, capitaneadas pelo Ministério Público Federal e pelos Ministérios Públicos de todo Brasil), bem como inúmeros projetos de lei³ (muitos deles frutos de um Direito Penal Demagogo⁴), tendentes a combater tal prática deletéria.

Uma destas inovações legislativas, com espeque no princípio da moralidade administrativa⁵, se deu com a concreção da denominada

3. Como já asseverava Isaac Newton, criador da lei da gravitação e das famosas três leis de Newton – descritas no ano de 1687, período do iluminismo (*Aufklärung, Siècle des Lumières*), em seu aclamado trabalho de três volumes intitulado *Philosophiae naturalis principia mathematica* –, toda ação leva a uma reação.

De tal arte, tal fenômeno não fica estanque ao solo pátrio. Como exemplificação, relembra-se o midiático caso *Watergate* – ocorrido nos Estados Unidos na década de 70, onde quatrocentas empresas americanas subornavam funcionários públicos – que, posteriormente (em 1977), deu ensejo ao *Foreign Corrupt Practices Act*.

4. Como outrora lido (mas, infelizmente, olvidada a devida autoria de tamanha verdade), fica a ponderação de que “quando a mídia dramatiza, espetaculariza, o parlamento imediatamente ecoa. O legislador, que perdeu completamente sua autoridade (em virtude do seu envolvimento com tantas falcatruas, nepotismos, patrimonialismos etc), já não consegue reagir de forma racional e independente. Seu discurso se apresenta, quase sempre, como apêndice da mídia. Essa é uma das partes mais visíveis da engrenagem do populismo penal.”. PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. Direito Penal do Inumano e a nova ordem constitucional. In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *Questões Relevantes do Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, 2012. P.160.

5. Previsto de forma expressa no artigo 37, *caput*, de nossa Bíblia Política e defendido no Brasil primeiramente por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1974), tal axioma traz a ideação de que a Administração Pública e seus agentes têm de atuar pautados em princípios éticos e em valores daí decorrentes, como a boa-fé e a lealdade.

Em outros verbetes! Desde a sistematização deste princípio na França, em 1927, por Maurice Hauriou, a moralidade administrativa traduz a boa administração somada à retidão de atitudes. *Id est*, denota “um conjunto de valores éticos que fixam um padrão de conduta que deve ser

Lei Anticorrupção (Lei nº.12.846, de 1º de agosto de 2013⁶), que teve seu fomento nas manifestações populares ocorridas durante a nona Copa das Confederações, em Junho daquele mesmo ano, dado os gastos excessivos e não transparentes para as obras da Copa do Mundo (2014) e das Olimpíadas do Rio (2016).

A falta de transparência é um dos principais fatores do alastramento epidêmico da corrupção. Neste sentido, já ensinava o íclito jurista estadunidense Louis Brandeis: “o melhor desinfetante é a luz do sol”. Não há dúvida de que a presença do astro-rei a iluminar e assistir o cotidiano das relações com axiomas públicos culminará em uma transparência hídrica.

Em seu cerne, como medidas ao enfrentamento desta funesta prática ilícita⁷, se destacam: a) a responsabilidade objetiva das pessoas místicas

necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2011. P.41). Decerto, não por outra razão, a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, sendo tutelada em diversos outros mandamentos legais, como: a) na Lei de combate à improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992); b) na Lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993); etc. Isso, logicamente, sem olvidar a guarida dada pela ação popular (artigo 5º, LXXIII, CRFB) , que permite a anulação, por qualquer cidadão, de ato lesivo à moralidade.

Nesse sentido: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007. Pp.68-71; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. Pp.87-89; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. Pp.122-123; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pp.203, 486-487, 1137-1138.

6. Amiúde! A Lei Anticorrupção foi criada em consonância com outros documentos internacionais de mesmo espírito, como: a) a convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais; b) o *foreign corrupt practices act*; etc.

7. Desmiúde! Apesar das excelentes ideias trazidas, a referida Lei foi falha ao se abster de regular critérios para a fixação de multa. Ademais, merece atenção o rito e a competência do procedimento administrativo. CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº. 12.846/2013 – Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*. São Paulo: Universidade de São Paulo. V.2, n.1, 2015. P.162.

por atos de corrupção praticados, em seu interesse e benefício – exclusivos ou não –, por seus dirigentes, gestores, empregados e até terceiros que a representem; b) a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP); c) o acordo de leniência⁸, como forma de responsabilização civil e administrativa dos entes de existência ideal; d) a adoção de *compliance* – prática já usual em empresas sediadas na Europa e nos Estados Unidos – para evitar a prática de condutas corruptas em ambientes empresariais, seja pela implementação de ouvidorias ou de códigos de ética e de conduta compatíveis com a boa-fé e a transparência; etc.

Faz-se mister, como toda gênese, perلustrar um pouco da história da corrupção no mundo político.

2. PROLEGÔMENOS HISTÓRICOS DA CORRUPÇÃO POLÍTICA

A corrupção remonta os primórdios mais selvagens da raça humana. Podemos elucubrar, tomando emprestada a função de antropólogo, que o homem ao sair de seu sedentarismo e partir em busca de “novos mundos” ou novas plagas, tenha cometido atos de corrupção. Hordas saiam em busca de desbravar solos áridos enquanto outros ficavam esperando notícias das novas conquistas. Não duvidamos nada que nesse entremeio as novas descobertas chegaram atrasadas aos néscios, justamente em razão de um ter conseguido subornar (corromper) os colegas viandantes para contar que ainda não tinham achado nenhuma porção de terra interessante. Sem contar que pode ser factível a tese de que um homem passou a vender a roda nos assentamentos mais distantes, alegando ter sido o criador, quando na verdade a patente pertencia a outro. Divagações aos borbotões poderíamos fazer.

8. Note! Somente após quase dois anos da publicação da Lei Anticorrupção é que exsurgiu o Decreto Regulamentador n.º. 8.420 de 2015 – que foi o responsável por elucidar o acordo de leniência e o instituto do *compliance*.

Seguindo a destra clássica da História grafada, teceremos alguns exemplos de corrupção na antiguidade.

Na outrora Grécia, unidade de gestão dos grandes filósofos da humanidade, a corrupção era conhecida e presenciada à luz do astro-rei. Platão, que na verdade se chamava Arístocles, formulou a teoria da corrupção nas formas políticas⁹.

O Estagirita Aristóteles lecionava que o núcleo central dos desatinos sociais, desaguando em total estado de desequilíbrio, é a corrupção e a perfídia dos governantes.

Em Atenas, a corrupção era tão assente que existiam inúmeras normativas para sua coibição. Por exemplo:

Se um ateniense aceita suborno, ou se ele mesmo oferece a um outro (ateniense), ou corrompe alguém com promessas em detrimento das pessoas ou de qualquer dos cidadãos individualmente, por quaisquer meios ou dispositivos, será destituído de seus direitos, ele e seus filhos, e sua propriedade será confiscada.¹⁰

E havia a disposição direta para cada espécie de autoridade: juízes que aceitam subornos eram processados com fulcro na lei *Athens Politican 54.2*; membros da Assembleia eram autuados com base na lei *Deinity II, 17*; Jurados, Advogados e Oradores na mesma lei no capítulo XLVI, 26. Os membros do Tribunal Heliasta faziam juramento antes da posse, e uma das cláusulas desse juramento era expresso no sentido de repudiar o suborno.

Paul Harvey, catedrático de Literatura Clássica, ao falar do Heliasta, comenta:

9. PLATÃO, *República*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

10. ARNAOUTOGLU, Ilias. *Leis da Antiga Grécia*. São Paulo: Odysseus, 2005, p. 79

Esse sistema judiciário apresentava ao mesmo tempo vantagens e desvantagens. Ele proporcionava um alto grau de segurança contra a injustiça, **pois era impossível a intimidação e corrupção de um grande número de jurados**, pelo fato de não se saber com antecedência quais seriam eles. Por outro lado, os membros desses júris eram muito suscetíveis a apelos emocionais, mais inclinados portanto a admitir alegações que não constituíram propriamente evidências e menos familiarizados com a lei que os juízes propriamente ditos.¹¹ (grifo nosso)

Foi também na Grécia que se criou um mecanismo extremamente ameaçador que fazia qualquer político se tornar um ser genuflexo perante a lei. Estamos falando do Ostracismo¹².

11. HARVEY, Paul. *Dicionário Oxford de Literatura Clássica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987, p. 369

12. Clístenes, estadista ateniense, instituiu o *ostracismo*. Através de uma votação, os cidadãos decidiam se exilava ou não aquele que se revelava uma ameaça às liberdades estatais. A votação era feita mediante a inscrição do nome do suspeito em conchas chamadas *ostrakon*. O cidadão suspeito que tivesse a marca de seis mil votos era exilado da cidade por até dez anos. Esse exílio de dez anos afastava totalmente o apenado da cidade e do território comandado pelo governo, porém a pena não dissipava o direito de propriedade do exilado, que quando voltasse, se voltasse, teria direito a recuperar os bens que deixou antes do exílio. Era comum, suspeitos serem expulsos da cidade com uma enorme margem de votos, isto porque, a maioria não sabia escrever, tampouco ler, e por isso já compravam as ostras (*ostrakon*) com nomes já escritos. Quem tivesse muitos inimigos vendedores das cédulas de votação, com certeza estava fulminado naquela votação. Além de expulsar políticos corruptos ou tiranos, o objetivo do *ostracismo* também era banir os agitadores ou sediciosos, evitando assim, guerras intestinas, e, por conseguinte, perda do comando da cidade. Fídias, o ilustre escultor da cidade de Atenas Partenon, criador do projeto arquitetônico do Partenon, desenhista e executor da grande estátua de Athenas Partenon, foi ostracizado. Não conseguiu se defender das acusações de desvio de verbas para a construção do Partenon e foi condenado por sete mil e trezentos votos. In: RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *O Julgamento de Sócrates sob a Luz do Direito*. [Apresentação Ives Gandra Martins] São Paulo: Pillares, 2012. RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *Manual de História do Direito*. [Apresentação José Renato Nalini]. São Paulo: Pillares, 2014.

Não olvidemos que até os dias hodiernos, o espectro de Diógenes deve estar com seu lampião aceso procurando uma pessoa “boa e honesta” pelos logradouros de Atenas.

Roma abusa dos múltiplos casos de corrupção política.

Citemos um caso pouco conhecido: Pôncio Pilatos foi governador da Judéia entre 26 a 37 d.C.. Foi o responsável pela coleta de impostos e de taxas que eram usadas para atender as necessidades locais e para serem enviadas a Roma. Inclusive, certa vez foi acusado pela turba judaica de ter se apropriado ilegalmente do tesouro do Templo, que era o erário da época. A história narra que, certa vez, sem dinheiro em caixa, Pilatos havia mandado soldados saquearem o Templo para roubar o tesouro com o fim de construir um aqueduto para a cidade de Jerusalém. Além da apropriação indevida, os historiadores comentam que ele havia “superfaturado” o valor da obra.

Roma também tinha um procedimento sinótico ao ostracismo. No Direito Romano que vigia à época da República, havia uma lei que previa ao cidadão passível de condenação capital, a possibilidade de antes do julgamento ou antes do cumprimento da pena, rogar aos juízes que concedessem a ele o *exsilium*, isto é, sair da cidade de forma voluntária e nunca mais voltar a pisar os pés naquele território.¹³

Nicolau Maquiavel também se debruçou com percuciência sobre o que ele chamava de “os males do ser humano público e privado”. Na sua ótica, tanto o homem público, como o marido, o pai, o amigo, etc., também são corruptores e corrompidos.

Voltaire, pseudônimo de François Marie Arouet, no seu romance “A Princesa da Babilônia”, escrito em 1778, traz várias críticas ácidas aos políticos da época. Dentre elas: “O rei das Índias ia esperar seu exército na grande e magnífica estrada que numa reta levava então de Babilônia à Caxemira. O

13. RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *O Julgamento de Jesus Cristo sob a luz do Direito*. São Paulo: Pillares, 2010. RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *Manual de História do Direito*. [Apresentação José Renato Nalini]. São Paulo: Pillares, 2014.

rei dos Citas corria com Aldéia pela bela estrada que levava ao monte Imaús. Todos esses caminhos desapareceram depois, devido à má administração.¹⁴

O polígrafo José de Alencar, cearense que reluz para o mundo, no zênite de seu discurso em plena tribuna da Câmara Federal exclama: “Creio, senhores, que foi de Hume¹⁵, este triste pensamento: “A corrupção é uma prova de liberdade”. Mas essa liberdade que só chega para os ricos é a mais torpe das tiranias para o cidadão honesto”. Por fim, ele chama a corrupção de “gangrena moral”. De fato, a corrupção pode soar como liberdade, uma vez que não há Estado arbitrário, ditador, absolutista que consiga erradicar esse carcinoma social. Aliás, o topo dos países mais corruptos do mundo é ocupado por aqueles que tem ditadores ou tiranos em seus poderes de chefia.

A corrupção política repousa mais nas camadas sociais ditas altas do que nas periféricas ou marginalizadas. Por isso, no Brasil, tomou a feição de crime do “colarinho branco”, servindo quase como uma antonomásia dos políticos brasileiros.

Chegamos, em épocas de operação lava a jato, ao alto da proclamação de Klitgaard: “Quando o cinismo se instala, é preciso quebrar o equilíbrio, e uma forma de fazer isso é punindo quem parece intocável”¹⁶.

2.1. MEDIDAS PARA MONITORAR E EXTIRPAR A CORRUPÇÃO HISTÓRICA BRASILEIRA

O magistrado Fausto de Sanctis, Doutor em Direito Penal, sugeriu em seu *paper* “Corrupção e lavagem de dinheiro”, publicado na Revista Consulex, em 2012, a instituição de 20 (vinte) providências para combate

14. VOLTAIRE, *A Princesa da Babilônia*. São Paulo: Escala, 2012, p. 40

15. David Hume (Edimburgo, 7 de maio de 1711 – Edimburgo, 25 de Agosto de 1776) foi um filósofo, historiador e ensaísta britânico nascido na Escócia que se tornou célebre por seu empirismo radical e seu ceticismo filosófico. Ao lado de John Locke e George Berkeley, Hume compõe a famosa tríade do empirismo britânico, sendo considerado um dos mais importantes pensadores do chamado iluminismo escocês e da própria filosofia ocidental

16. KLITGAARD, Robert. *A Corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1994, p. 9

ao crime de corrupção e lavagem de dinheiro: (em síntese)

1. Reforço na liberdade de imprensa;
2. Dar ares de legitimidade e legalidade aos mecanismos especiais de investigação;
3. Fornecer prêmios para o delator, mas também para os demais que auxiliem na recuperação do dinheiro desviado;
4. Avaliar a permanência do foro por prerrogativa de função;
5. Instituir leis que tipifiquem o crime de enriquecimento ilícito por agentes públicos;
6. Instituir através de leis a ação civil de extinção do domínio para recuperação de valores ilícitos;
7. Desenvolver legalmente a ampliação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas envolvidas em desvio e lavagem de dinheiro;
8. Estudar a retirada da prescrição da pretensão punitiva intercorrente;
9. Dar independência da Polícia Federal;
10. Redesenhar a estrutura do *Habeas Corpus*;
11. Regulamentar o transporte de valores em espécies para pessoas naturais;
12. Aprofundar as informações sobre as *offshores*;
13. Tipificar a não comunicação de operação suspeita;
14. Remodelar os critérios para nomeação de ministros e conselheiros de tribunais e cortes de contas;
15. Rediscutir o sistema de recursos no processo brasileiro;

16. Elaborar parâmetros para se pensar nos financiamentos de campanha;
17. Doar maior legitimidade ao Ministério Público;
18. Aplicar a Lei da Ficha Limpa;
19. Cobrar atitude dos órgãos em relação as pessoas politicamente expostas;
20. Aprimorar o sistema judicial criminal.

Na mesma esteira, em 2006, a União promulgou o texto da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, que traz em seu bojo as providências e medidas para perseguição da corrupção e seus *modus operandi*.

Caminhando na mesma diretiva, o Ministério Público Federal apresentou aos cidadãos brasileiros as 10 (dez) medidas contra a corrupção:

- I. Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação;
- II. Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos;
- III. Aumento das penas e crime hediondo para corrupção de altos valores;
- IV. Aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal;
- V. Celeridade nas ações de improbidade administrativa;
- VI. Reforma no sistema de prescrição penal;
- VII. Ajustes nas nulidades penais;
- VIII. Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2;
- IX. Prisão preventiva para evitar a dissipação do dinheiro desviado;
- X. Recuperação do lucro derivado do crime.

A corrupção como o carcinoma do Estado Democrático traz todos os vitupérios sociais que se possa imaginar e reflete amplamente, segundo

os estudiosos, em redução do crescimento econômico da nação; aumento significativo da pobreza; descontrole na distribuição de rendas e na criação de tributos; circulação de altos valores nas rodas de elementos influentes e com poderio financeiro; sensação de insegurança nos investimentos, entre outros vilipêndios.

Outra tentativa de amortecer os danos é a instituição dos acordos de leniência e as delações premiadas.

Diante deste cenário, passemos a verticalizar o que há de mais atual no combate a corrupção e nesta hodierna legislação!

3. O ACORDO DE LENIÊNCIA: VANTAGENS E DISSABORES

Fruto do direito norte-americano, a leniência concorrencial – que deu azo ao Programa de Leniência Empresarial – emergiu sob a crítica e resistência de parcela dos cultores do direito¹⁷. Tal cenário, diga-se de passagem, se perfez até a descoberta (fruto destes acordos¹⁸) da existência de um número plural de cartéis que se proliferavam para diversos setores da economia americana setentrional.

17. É que a *Leniency Program*, que emergiu em 1978 como a primeira norma a tratar deste assunto, franqueou a adoção de critérios subjetivos – pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos – para a sua celebração. De modo que, ainda que houvesse cooperação na investigação, ficaria ao alvedrio do Departamento de Justiça Estadunidense conceder as benesses dispostas no mandamento normativo. Dada esta discricionariedade, que sobejou numa insegurança jurídica, houve o desestímulo de futuros acordos. Nesse sentido: FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015. P.258.

18. Dada a pouca concreção de acordos firmados pela *Leniency Program* (1978), os Estados Unidos, no ano de 1993, revisou a legislação vigente e a aperfeiçoou com a elaboração da *Amnesty Program* – de modo que, preenchidas as condições lá pretendidas, a leniência deixou de ser ato discricionário para se tornar ato vinculado.

Ante este resultado, e a prova cabal de que tal instrumento auxiliava no desmantelamento de uma criminalidade cada vez mais estruturada, o acordo de leniência se difundiu pelo mundo – se fazendo presente em inúmeros ordenamentos internacionais.

O Brasil, não estanque a este movimento global – até porque padecia dos mesmos sintomas que atacavam as vísceras de outros Estados –, introduziu, nos anos 2000¹⁹, o acordo de leniência no artigo 35-B, da Lei nº.8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste), como forma de prevenção e repreensão às infrações contra a ordem econômica.

Com estofo no referido artigo, se fazia possível que a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) celebrasse o acordo de leniência com outras empresas ou indivíduos que participassem – ou haviam participado – de um cartel ou de qualquer outra prática anticoncorrencial coletiva.

Devido ao seu emprego efetivo e aos sucessos obtidos, o acordo de leniência se estendeu para outras previsões legislativas, como: a) para a Lei nº.12.529, de 30 de novembro de 2011 – que estruturou o Sistema Brasileiro de Concorrência e deu nova roupagem a prevenção e repreensão às infrações contra a ordem econômica –; e b) para Lei nº.12.846, de 1º de agosto de 2013 – que trouxe a possibilidade de leniência anticorrupção e a leniência nas infrações de licitações.

Em sua essência, similar ao instituto da colaboração processual²⁰, a leniência

19. Lei n.10.149, de 21 de dezembro de 2000.

20. Tal instituto, retratado liminarmente na Bíblia e introduzido em nosso ordenamento jurídico por intermédio das Ordenações Filipinas – havendo perdurado até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830 – ganhou destaque nos noticiários e no cerne acadêmico em razão do eclodir da Operação Lava Jato – que investigava o branqueamento de capitais perpetrado pelo ex-deputado federal José Janene, em Londrina –, uma vez que jamais se imaginou que o emprego de determinados institutos processuais (dentro do qual a colaboração processual se faz presente) elucidaria um dos maiores desvios econômicos já concretizados em solo pátrio.

Ocorre, entretantes, que apesar de muito próximos (já que anseiam a efetividade das investigações), tais mecanismos de combate à criminalidade hodierna apresentam algumas distinções, seja no campo das diferentes críticas a eles direcionadas, ou, ainda, com relação a quem seria o responsável

traduz a concessão de algumas vantagens – como redução da sanção²¹ ou, até mesmo, a inexistência de sua subsunção²² – àquela pessoa jurídica que admitir sua participação na prática de determinado ato deletério ao mesmo passo em que pontua informações relevantes para o esclarecimento do fato espúrio – vindo a cooperar com as investigações e o processo administrativo e, por demais, comparecendo, sempre que solicitada, a todos os atos processuais até o seu findar.

O acordo de leniência é, segundo estudiosos do direito comparado, um irmão siamês da delação premiada.

Porém, desmiúde que não basta a cooperação plena e permanente para que tais benesses sejam concedidas, se faz imperioso – com pálio no artigo 16, § 1o, da Lei Anticorrupção – que a pessoa moral seja a primeira a

por sua celebração – isso porque, o acordo de leniência vem a ser realizado entre a autoridade máxima de cada órgão administrativo e as pessoas morais responsáveis pela concreção de atos lesivos à Administração Pública; enquanto, *mutatis mutandis*, o *crownwitness* vem a ser perpetrado com o Ministério Público e homologado pelo Judiciário.

21. Redução em até 2/3 (dois terços) da multa aplicável por atos lesivos à Administração Pública, como assevera o artigo 6º, inciso I da Lei Anticorrupção.

Id est, há redução daquela multa calculada na proporção de 0,1% a 20% sobre o faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo – o que trouxe diversas críticas por parte dos empresários, que professaram que a sanção máxima havida seria um valor não palpável, dado sua exorbitância, apta a inviabilizar as atividades da pessoa moral punida – ou, caso não seja possível utilizar este critério, da multa aquilatada em reais, cujo *axio* varia de R\$ 6 mil reais a R\$ 60 milhões de reais.

22. Diferentemente do que se perfaz com a Lei nº.12.529, de 30 de novembro de 2011 – que extingue, inclusive, a punibilidade nos crimes perpetrados (cartel) –, a Lei Anticorrupção só traz algumas isenções que não orbitam a esfera criminal, como: a) a não aplicação da sanção de publicação da decisão condenatória (artigo 6º, inciso II, da Lei nº.12.846, de 1º de agosto de 2013); e b) a não subsunção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entes públicos (artigo 6º, inciso IV, da Lei nº.12.846, de 1º de agosto de 2013), de acordo com o que preconiza o artigo 16, § 2o, da Lei Anticorrupção.

Destarte, remanesce a crítica que demais penalidades são mantidas, como as sanções judiciais de perdimento de bens; a suspensão ou a interdição das atividades e, por fim, até mesmo a dissolução compulsória da pessoa jurídica. Isso, ainda que acordo de leniência tenha sido firmado e cumprido.

se manifestar sobre o seu interesse para cooperação²³. Ademais, é hialina a necessidade de que, uma vez que venha a propor o acordo, a pessoa mística cesse sua atuação espúria e lesiva a ordem jurídica.

Com o atender concomitante de tais requisitos, o acordo é celebrado e a brandura da pena é aplicada. Abre-se mão de uma punibilidade mais severa para desvendar as ramificações, extensão e profundidade da criminalidade que arraiga e vilipendia toda uma sociedade; de modo que, numa escala ponderativa, se vislumbra um maior interesse social de se buscar e punir todos envolvidos nesta prática deletéria, ao invés de fazer incidir sobre apenas um indivíduo ou uma pessoa jurídica um preceito secundário de maior reprimenda.

Trata-se, assim, de um excelente mecanismo para debelar crimes mais elucubrados e de difícil descoberta – não só por serem melhores estruturados, mas, de igual modo, por fincarem suas raízes em diversos campos do Estado (como hirudíneas), o que dificulta a verticalização de eventuais persecuções criminais e administrativas.

Entrementes, apesar de no plano do dever-ser o acordo de leniência só apresentar vantagens para ambos os lados (tanto do Estado, quanto daquele que delinque), é digno de nota que a presente legislação anticorrupção apresenta alguns entraves para sua ideal concreção²⁴ e algumas críticas quanto ao excesso de alguns de seus dispositivos.

23. Neste ponto, fica a ponderação de que o Decreto Regulamentador nº. 8.420 de 2015 veio em sentido antípodo ao da determinação legal ao cunhar que outras empresas – que não a primeira que manifestou este interesse – podem celebrar o acordo “quando tal circunstância for relevante” (artigo 30, inciso I, do decreto em testilha).

24. Isso, obviamente, sem trazer à baila as críticas plurais realizadas a Medida Provisória 703, de 18 de dezembro de 2015, que para muitos fora editada com o escopo de aliviar – ainda mais! – as possíveis punições que podem ser aplicadas contra as diversas empreiteiras investigadas pela operação Lava Jato. Por esta razão, a referida Medida Provisória, após meses de críticas, perdeu sua eficácia pela ausência de votação no Congresso Nacional – quanto à possibilidade de sua conversão em lei.

De qualquer modo, dada a não aceitação de tal medida, é importante observarmos a proposta feita pelo Ministério da Transparência de um novo marco legal para a concreção de tais acordos – a ser perpetrado por projeto de lei (com a observação de que a Comissão Especial sobre Leniência, da Câmara dos Deputados, está com os trabalhos parados desde fevereiro deste ano – 2016) ou por uma nova medida provisória (sem os pontos controversos da MP anterior).

Vejamos!

1) *A limine*, com relação ao maior obstáculo ofertado a tal aparato, observa-se que as pessoas jurídicas são organismos sociais vivos – *id est*, traduzem a reunião de pessoas físicas que, constituídas na forma da lei (por estatuto ou contrato social), adquirem personalidade jurídica com o fito de se alcançar determinado fim (seja ele econômico, como a sociedades; ou não, como ocorre com as associações e fundações).

De tal arte, não por outra razão a nossa Bíblia Política, fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas²⁵, assevera que a Lei estabelecerá a responsabilidade da pessoa moral, “sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” – artigo 173, §5o, CRFB –, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa mística (ente de existencial ideal/ abstrata).

Ou seja, daqui se extrai, juntamente com a teoria geral do Direito Penal, o lastro para a adoção (na seara criminal) da Teoria da Dupla Imputação (responsabilidade por ricochete/ empréstimo) quanto aos atos deletérios perpetrados contra a ordem econômica; onde, sem vilipêndio ao axioma da responsabilidade pessoal, se franqueia a punição da pessoa jurídica

25. NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2008. p.58.

Naquilo que se convencionou chamar de pirâmide jurídica, as normas inferiores buscam validade nas normas que lhes são superiores e, assim, sucessivamente, até as normas constitucionais, sob pena de deixarem de ter validade no ordenamento jurídico.

Ensina-nos ROQUE ANTONIO CARRAZZA. A Constituição ocupa o patamar mais elevado, dando fundamento de validade às demais normas jurídicas, pois ela representa o escalão de direito positivo mais elevado. “Sobremais, ela dá validade a si própria, já que encarna a soberania do Estado que a editou”. (CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 18ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2002. p.28).

Por demais, ainda acrescenta, “a Constituição não é um mero repositório de recomendações, a serem ou não atendidas, mas um conjunto de normas supremas que devem ser incondicionalmente observadas,(...)” (idem, ibidem).

beneficiada (que não possui um dos elementos necessários da conduta: a vontade) se houver a sanção concomitante da pessoa física (ente de existência visível) dirigente daquela.

Nesse passo, é possível pontuar que a Lei Anticorrupção, apesar de tentadora para a pessoa jurídica, se olvidou de trazer qualquer tipo de benefício para as pessoas físicas, que também acabam por sofrer sanções – o que veio a trazer um entrave à celebração destes acordos.

Isso porque, como adverte João Marcelo Rego Magalhães, se a pessoa abstrata pretende galgar a leniência – seja ao apontar culpados, oferecer informações ou documentos e cooperar plenamente com as investigações –, ela deverá se valer de condutas que só podem ser materializadas por pessoas físicas (que, em regra, tenderão notadamente a ser os seus gestores mais graduados – que não só integram o corpo de tais pessoas como dirigem seus anseios – “que detêm, ou pelo menos deveriam deter, o conhecimento das decisões estratégicas e das relações com o poder público²⁶”).

Tais indivíduos, diga-se *en passant*, se encontram ao relento, ao limbo jurídico, pois desprovidos do afago normativo e sob o risco de padecerem de reprimendas administrativas (uma vez que podem vir a ser punidos administrativamente, sem exigência da ciência da conduta lesiva, pelo mero fato de que o simples interesse e benefício são capazes de fazer incidir a repressão normativa²⁷) e penais (haja vista que práticas de atos lesivos contra o poder público, em regra, tendem a traduzir comportamentos humanos indesejados tipificados como infrações criminais).

Vai-se além! É possível, de plano, asseverar que interesse algum haveria por parte da pessoa natural de atenuar as sanções pecuniárias que incidiriam

26. MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº.12.846/2013). In: *Revista Controle*. Volume XI. Fortaleza: Tribunal de Contas do Ceará; Dezembro de 2013. P.34.

27. Consoante se desprende da interpretação filológica – e conjunta – do caput do artigo 2º com o § 1º, do artigo 3º da Lei Anticorrupção.

sobre as empresas ao passo que, por outro lado, acabaria por conceder elementos de informação aptos a ensinar a ele (ente de existência física) uma persecução penal.

Noutro dizer! Verbera-se, desta feita, a ausência de interesse por parte dos sujeitos que apresentam a sociedades na concreção destes acordos. Até porque, ainda que com um malabarismo exegético, inviável seria o emprego da expressão genérica cunhada no §4o²⁸, do artigo 16 da Lei Anticorrupção, para extinguir a punibilidade penal por uma via administrativa – sem qualquer previsão expressa nesse sentido.

Destarte, ao deixar de incluir as pessoas naturais no sopro de benevolência estatal, ainda que mínimo²⁹, o Poder Legiferante acabou (indesejadamente³⁰) por limitar a aplicação deste instrumento de combate à corrupção.

Razão pela qual, almeja-se que o novo marco legal acerca de acordos de leniência, proposto pelo Ministério da Transparência, venha a solucionar tal obstáculo. Até porque, quiçá assim, ao se ampliar o interesse das pessoas físicas em tal mecanismo, haverá uma maior projeção de acordos a serem perpetrados e, por consequência, de cartéis a serem desvelados no cerne do aparelhamento estatal.

28. “O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”.

29. Tal leniência não precisa ir ao ponto de debelar o preceito secundário de eventual ilícito, como se perfaz com a Lei nº.12.529, de 30 de novembro de 2011 – que viabiliza, inclusive, a extinção da punibilidade penal para aqueles que cumprirem os acordos de leniência firmados –, bastando, tão-só, que abranja as pessoas físicas.

30. Conforme esclarece João Marcelo Rego Magalhães, faltou iniciativa – ao Poder Legislativo – de estender às pessoas físicas os benefícios trazidos para as pessoas morais em caso de acordo de leniência. Isso porque, consoante ele assevera, “oportunidade para tal até se apresentou, quando o legislador decidiu aplicar os benefícios de forma extensiva às empresas que formam o mesmo grupo econômico, conforme redação dada ao §5o, do art. 16.” (MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Ob.cit.p.35).

2) De passagem, por se professar sobre os cartéis, há crítica dirigida ao emprego do acordo de leniência para ilícitos administrativos previstos na Lei de Licitações e Contratos (Lei nº.8.666, de 21 de junho de 1993).

Primeiramente, em razão do artigo 17³¹ da Lei Anticorrupção só trazer isenções e atenuações as infrações administrativas previstas no artigo 86 a 88 da Lei de Licitações e Contratos – que se referem às infrações civis leves –, sem abarcar condutas mais gravosas e lesivas, como os próprios cartéis.

Tal fato, aliado a ausência de benesses a serem dadas as pessoas físicas que corporificam as empresas, como acima vislumbrado, vem a minguar (ainda que de forma não querida) o eventual interesse da parte na celebração do acordo.

Por outro lado, com relação ao preceito secundário, censura-se o fato de tal acordo abarcar sanções de suspensão, impedimento e declaração de inidoneidade, que fogem da regra das penas previstas na Lei Anticorrupção (que detêm natureza exclusivamente pecuniárias³²), uma vez que, como essa tônica, seria possível as autoridades “imoralmente pactuarem a leniência apenas para romper com a aplicação de penalidades mais gravosas contidas na Lei de Licitações”³³ – o que, obviamente, não parece ser o espírito (*mens legis*) da Lei Anticorrupção.

Pontilhados estes juízos críticos ao instituto da *lenitate*, que tão-só buscam sua evolução, ainda remanesce a elogiável ideiação do acordo de leniência como mecanismo de enfrentamento a corrupção e como instrumento para a responsabilização administrativa e civil das pessoas místicas.

Até porque, é cediço que seu uso, antes mesmo da Lei Anticorrupção,

31. Tal dispositivo pontua que a Administração Pública poderá celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº.8.666, de 21 de junho de 1993.

32. Para o Poder Legiferante, apenas o desconto arrecadatário seria apto a incentivar tais acordos e auxiliar na verticalização das investigações a serem perpetradas pelos órgãos de controle.

33. CAMPOS, Patrícia Toledo de. Ob.cit. p.181.

já trazia resultados no Brasil e no mundo para o combate de ilícitos cada vez mais bem engendrados e enraizados nos mais diversos órgãos da corporificação estatal.

Decerto, se (como dito!) a corrupção se equipara a um carcinoma por degenerar as entranhas do Estado Democrático de Direito – vindo a usurpar funções do Estado e se aproveitar do caos urbano e de políticos existentes para se alimentar, crescer e se disseminar dentro do sistema imunológico Estatal –, o acordo de leniência, em contrapartida, traduziria o Pet-Scan, que auxilia no deslinde da extensão da corporação deletéria.

Id est, uma vez rastreado o mal que ataca por dentro as funções vitais do Estado e lesa diversas tonalidades de bens jurídicos, o acordo de leniência seria o passo inicial para se buscar expurgar aquela conduta ilícita já identificada.

Todavia, para que haja um real alcance dos fins pretendidos, se faz necessária a reformulação de alguns pontos (aqui trazidos³⁴) da presente legislação – passo este que deve ser dado em breve com o novo marco regulatório esquadrihado pelo Ministério da Transparência.

Em tempos nublados para as empreiteiras e seus gestores, o acordo de leniência ou a delação premiada, caem como uma luva para amortecer os desatinos causados por suas atitudes corruptas e criminosas. Ganha a sociedade, ganha o Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAOUTOGLU, Ilias. *Leis da Antiga Grécia*. São Paulo: Odysseus, 2005;

34. Como: a) a possibilidade de contemplar efeitos penais no pacto, de modo que o Ministério Público poderia se valer destes acordos para abrandar decretos condenatórios contra pessoas naturais; b) trazer a extinção da punibilidade administrativa para as pessoas morais que efetivamente vierem a cooperar com as investigações e com o processo administrativo – ao invés de só se trazer a redução da pena de multa para elas; etc.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº. 12.846/2013 – Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*. São Paulo: Universidade de São Paulo. V.2, n.1, 2015;

CANETTI, Rafaela Coutinho; FIDALGO, Carolina Barros. Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015;

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 18ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2002;

CARVALHO, Jaqueline Lourenço Rodrigues Lopes de; PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; CERVINI, Raul. O anfiteatro do Direito Penal Econômico: seus postulados comezinhos e a avaliação dos critérios mais apropriados à delinquência econômica. In: *Revista Jurídica Lex*. Volume 74. São Paulo: Lex. 2015;

CERVINI, Raul; CARVALHO, Jaqueline Lourenço Rodrigues Lopes de; PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. O anfiteatro do Direito Penal Econômico: seus postulados comezinhos e a avaliação dos critérios mais apropriados à delinquência econômica. In: *Revista Jurídica Lex*. Volume 74. São Paulo: Lex. 2015;

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2011;

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015;

HARVEY, Paul. *Dicionário Oxford de Literatura Clássica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987;

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;

KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzida do Alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007;

KLITGAARD, Robert. *A Corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1994;

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº.12.846/2013). In: *Revista Controle*. Volume XI. Fortaleza: Tribunal de Contas do Ceará; Dezembro de 2013;

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2013;

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2008;

PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; CERVINI, Raul; CARVALHO, Jaqueline Lourenço Rodrigues Lopes de. O anfiteatro do Direito Penal Econômico: seus postulados comezinhos e a avaliação dos critérios mais apropriados à delinquência econômica. In: *Revista Jurídica Lex*. Volume 74. São Paulo: Lex. 2015;

_____ ; Direito Penal do Inumano e a nova ordem constitucional. In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; RIBEIRO; Roberto Victor Pereira. *Questões Relevantes do Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, 2012;

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007;

PLATÃO, *República*. São Paulo: Martin Claret, 2005;

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *O Julgamento de Sócrates sob a luz do Direito*. [Apresentação Ives Gandra Martins] São Paulo: Pillares, 2012;

..... *Manual de História do Direito.*
[Apresentação José Renato Nalini]. São Paulo: Pillares, 2014;

..... *O Julgamento de Jesus Cristo sob a*
luz do Direito. São Paulo: Pillares, 2010;

VOLTAIRE, *A Princesa da Babilônia.* São Paulo: Escala, 2012.

**INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DO DISTRITO FEDERAL**

CONTRIBUIÇÃO PARA A REFORMA POLÍTICA

RONALDO REBELLO DE BRITTO POLETTI

Ex-Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal

A reforma política volta para a ordem do dia. Não há como dela escapar. Muitos farão cortina de fumaça para ocultar os pontos relevantes a serem enfrentados. Reduziram o tema relevante da reforma política, tão importante para a democracia brasileira, em uma discussão sobre o sistema eleitoral, confirmando-se a expectativa no sentido de que os “políticos” investidos no poder de reformar nada farão para alterar o ordenamento do qual se beneficiam.

A principal questão está na representação política. Se não aprimorada, corre o risco de ser extinta. As próprias “manifestações da rua” indicam que a política está mal resolvida.

Algumas premissas teóricas e doutrinárias são indispensáveis para a discussão do tema.

A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

A reforma política nada valerá se não mexer no sistema representativo. É o nó górdio do problema. A nossa inércia política e fraude democrática chegam a ser tão relevantes, que colocam em risco a própria ideia de representação política. É preciso insistir que a democracia é o governo do povo, não o dos seus representantes. Vivemos nas mãos da mídia e o grande eleitor continua sendo o dinheiro. Na exacerbação democrática, Rousseau não aceitava o governo representativo: a lei que não for votada diretamente pelo povo não é lei. E disse mais: o inglês pensa que é livre, mas só o é quando vota e o faz escondido em um cubículo, depois volta a ser escravo.

Quais os aspectos básicos da representação nacional na liberal democracia?

Na visão construída pelo liberalismo político, o governo direto do povo é impossível. Ele não teria educação suficiente para o exercício direto do poder. Não existe mandato, no sentido do direito privado, entre representantes e

representados. Não pode haver revogação. O eleito não está vinculado às ordens do “mandante”, nem deve prestar-lhe contas. O deputado não representa o eleitor, mas a nação. O chamado “mandato representativo” tem por objeto o exercício da soberania. A nação soberana não delega mais do que o seu exercício. O representante age em nome da nação representada. O atributo do representante não provém da sua eleição, mas do poder de exprimir a vontade nacional. O objeto do mandato representativo consiste em dar àqueles, nele investidos, o direito de falar em nome da nação, de tomar decisões com a força e o valor jurídico que teriam se emanassem do corpo nacional e que, por consequência, não precisam ser sancionadas por uma ratificação popular. O mandato representativo é coletivo. Quando os representantes são designados por eleição, o mandato que os beneficia não é individual, mas outorgado pela nação, unidade coletiva, ao Parlamento. Pela representação não se faz uma transferência de poderes determinados. Há um mandato geral para decidir, todas as questões. O representante é irresponsável, não precisa prestar contas dos seus atos. A eleição não é uma delegação de poder, mas um modo de designação. Como os poderes do eleito vêm da nação e não dos seus eleitores, ele não é obrigado a justificar o seu exercício diante de seu colégio eleitoral. Se o deputado não tem de prestar contas aos seus eleitores, que sequer sabe quais foram, é porque ele não tinha de receber deles nem ordens, nem instruções. A rigor, o deputado não representa os seus eleitores. Não presta contas. Não obedece a ninguém. O representante, junto com todos os representantes, manifesta a vontade da “nação”, independentemente da vontade real da “nação”. Daí dizer-se que o representante é irresponsável tecnicamente falando, embora haja a tese da representação de interesses e de grupos eleitorais. Por isso esse sistema de representação política exclui toda a possibilidade de mandato imperativo (a primeira coisa que a Revolução Francesa fez foi proibi-lo).

Tais características são assumidas não de maneira pejorativa, mas como aspectos positivos de um bom sistema de governo. Muitas das críticas ao sistema, como o nível dos representantes, o excesso de partidos, o conflito de interesses, nem sempre nobres, a anarquia nas assembleias, o jogo das coligações, são vistas como defeitos ou vícios, porém como elementos necessários para evitar-se o partido único, a hegemonia de grupos tendente

à autocracia (há uma passagem de Kelsen a propósito, onde ele classifica o regime liberal das eleições como uma mera ficção técnica, posto que importante).

Justiça, porém, seja feita aos liberais, que na origem não se apresentavam como democratas (mesmo o sufrágio era restrito aos proprietários e contribuintes), pois procuraram atenuar o drama da representação, por intermédio da democracia pelos partidos e fidelidade a seus programas, do alargamento do sufrágio, da eleição majoritária nos distritos, da possibilidade de revogação do mandato e mais as técnicas-disfarce na Constituição de 88: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular das leis.

A representação está fundada nos partidos políticos, sem os quais não haverá representação, no sentido liberal. O partido político foi a maior invenção do liberalismo para fazer frente às críticas democráticas.

ASPECTOS DO ESTADO. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA, PARTICIPATIVA E REPUBLICANA. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE JUSTIÇA

A democracia representativa há de ser, também, participativa, sob pena de justificar as críticas democráticas contra a representação.

A representação, aprimorada pelo liberalismo, somente sobreviverá se adotar mecanismos eleitorais aptos à participação popular (além dos partidos, sistema distrital ou misto, possibilidade de revogação de mandatos, fidelidade partidária, plebiscito e referendo melhor definidos, defensores do povo, o tribunato, como elemento indispensável à República).

A temática envolve certa dificuldade para conceituar a República.

A expressão *res publica* provém de Roma. Significava o ordenamento da *civitas* e não uma forma constitucional. Indicava a oposição dos interesses públicos à *res privata*. Daí o termo continuar a ser usado por todos os

imperadores. Nunca é demais lembrar que a *res publica* significa *res populi*, assim como o direito público é o direito do povo, não o do Estado. A palavra “público” proveio de “populus”.

De qualquer maneira, a República sucedeu à Monarquia etrusca, embora esta tivesse grande apoio da plebe, enquanto a primeira tenha ocasionado a hegemonia patrícia e de suas magistraturas, até que a secessão plebeia viesse a ensejar a construção da República patrício-plebeia.

Em consequência disso é que Maquiavel adotou a República romana como modelo, tal como fará Rousseau. O Florentino inovou na classificação dos governos: monarquia ou República, a qual pode ser democrática ou aristocrática. O genebrino foi pelo mesmo caminho. Opôs, também, a República à Monarquia, ainda que esta estivesse erigida sob a vontade popular. A observação de Rousseau é importante. Diz ele sobre Maquiavel: “Fingindo dar lições aos reis, deu-as, grandes, aos povos. *O Príncipe* de Maquiavel é o livro dos republicanos.” Rousseau lembra que a pessoa pública formada pelo povo tomava, antigamente, o nome de cidade e, hoje, o de República ou de “corpo político”, tendo como princípio a virtude.

Robespierre, na esteira de Rousseau, não apenas condenou a representação, como estabeleceu a equivalência da República com a Democracia. Um só governo conviria a um país livre: a República, Estado onde o povo é soberano, guiado pelas leis aprovadas por ele próprio ou por seus delegados. O governo constitucional existiria para proteger os indivíduos contra o abuso do poder político e seu objetivo consistiria em conservar a República, que é o regime da liberdade e da possibilidade da paz.

Temos assim um problema. O regime da representação liberal precisa reformar-se ou será, no máximo, uma República aristocrática (presumidamente o governo dos melhores confundidos com os representantes). Sem essa transformação jamais teremos uma República democrática, a qual implica a penetração da vontade e da decisão do povo nas decisões dos governantes. Para tanto, será mister a criação de mecanismos tribunícios da tradição

republicana, os quais aparentemente são opostos à representação, mas que, na realidade, podem transformar-se em pontes entre a sociedade e a câmara dos representantes, desde que não aparelhados nem submetidos ao controle do governo central.

Curioso lembrar que, por paradoxal que possa parecer, alguns monarquistas, seguindo a matriz dos imperadores romanos, insistem na continuidade da República, tanto é que sustentam que o rei seria o único verdadeiro defensor do povo.

O Estado Moderno, como realidade política, começou a nascer no fim da Idade Média, adquirindo sua forma e características (nacionalidade, territorialidade, soberania) no Renascimento, tendo como seu principal teórico, Nicolau Maquiavel.

O Estado, no entanto, nasceu absoluto, isto é, o soberano (rei-príncipe) estava livre das leis (*princeps legibus [ab] solutos*). Com as revoluções americana, inglesa, francesa, fundadas no racionalismo iluminista, surgiu o Estado de Direito, vale dizer o governo das leis e não dos homens. Pela formulação da hipótese do contrato social, criaram-se os direitos individuais, espécie de reserva dos contratantes, preservando-se para si “esferas de proteção”, onde não seria permitido ao governo penetrar. Criou-se, assim, a chamada “liberdade dos modernos” por oposição a dos “antigos”, que implicava a participação política e não a proteção diante do poder, conforme famoso discurso de Benjamin Constant, em Paris, no começo do século 19.

Com o Estado de Direito, a soberania começou a ser abalada, porque, não sendo o poder incontestável de fixar as competências (o exercício do poder pelo príncipe-soberano), tal como explicada pelo seu principal teórico (Jean Bodin), passou a ser limitada pelo direito, ainda que se considere a limitação produto do próprio Estado. O que os revolucionários tentaram, e não conseguiram, foi substituir o soberano-rei pelo soberano-povo (Rousseau). Foram derrotados pela idéia da “representação” ficta, abstrata, mera técnica para sustentar-se uma presumida vontade nacional presente na lei (Sieyès,

Que é o terceiro estado?). O triunfo do liberalismo, governo dos representantes contra a democracia (o governo do povo), gerou problemas insolúveis. Não se pode, todavia, deixar de reconhecer, como já assinalado, o mérito dos liberais no esforço para afastar os obstáculos que impediram o liberalismo, na origem, de ser democrata, implantando mecanismos “atenuadores”, como a representação e a fidelidade partidárias, o alargamento do sufrágio (não apenas os proprietários e os contribuintes votam), a votação majoritária nos distritos, a possibilidade da “revogação” do mandato representativo, as técnicas-disfarce do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular das leis.

Ao lado desse problema crucial da representação em termos liberais, o Estado de Direito foi, originariamente, concebido com a única função de produzir o direito. A administração reduzida à “polícia” (o Estado policial, no sentido de agir tão-somente quando necessário). Não demorou para que este Estado do “deixai fazer, deixai passar, que o mundo vai por si só”, revelasse a sua ineficiência. Não resistiu à crítica, que pode ser resumida na frase de Lacordaire: *“entre o fraco e o forte, o patrão e o operário, o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza e é o direito que liberta”*. Nasce então, o Estado social, que alguns cunharam de *social-democracia*, que se revelou totalitário e autocrata em muitas de suas políticas. Por isso, agora, usamos a expressão “democracia social”, que persegue os fins sociais da igualdade possível, sem prejuízo das liberdades e direitos. Ainda é pouco, não basta o Estado de Direito da democracia social. Impõe-se o Estado de justiça, não apenas no cumprimento de sua obrigação jurisdicional, declarando a vontade da lei na solução dos conflitos de interesses, pré-ordenados, mas possibilitando uma distribuição dos bens e da riqueza a todos os jurisdicionados, de maneira equânime e proporcional à participação de todos no processo produtivo.

A ideia de Estado de Direito parece fácil de explicar, em face da origem absolutista do Estado. “O Estado sou eu”, diria o rei. “Eu sou o governo e o povo é constituído por meus súditos”. “Meu é o território”.

Tentou-se, então, retirar a soberania do rei para transferi-la para o povo. Não deu muito certo. A soberania ficou com o Estado e o seu governo com

os representantes, digamos, da “nação”. De qualquer maneira, pelo menos teoricamente, o governo deixou de ser dos homens para ser o das leis.

A proposta de Marx e de Engels, subscrita por Lênin, foi uma crítica ao Estado de Direito. Não estavam totalmente errados. No Estado Nacional Moderno, não há lugar para o povo. No entanto, eles erraram na equação. No capitalismo, haveria uma ditadura da burguesia, a classe dominante. O proletariado deveria conscientizar-se da sua condição de classe dominada, alienada e explorada, apesar de ser a maioria e vender a força de seu trabalho. O Direito do Estado burguês seria, apenas, o instrumento de domínio. Propuseram uma revolução: substituir a ditadura da burguesia pela do proletariado, implantando-se o socialismo, fase necessária para o comunismo. A palavra “ditadura”, objeto de preconceito, não pegou bem. Tempos depois, os comunistas soviéticos criaram a expressão “governo do povo inteiro”, a qual ajuda a entender que no Estado Moderno não há “soberania popular”. Lênin dizia que era por pouco tempo. O Estado extinguir-se-ia, resolvida a luta de classes. Sabemos que aconteceu contrário: o Estado ficou maior, mais forte e opressivo.

Em tempos recentes, construiu-se a ideia da identidade do Direito com o Estado, à Kelsen, que seria o Direito em si, subjetivamente considerado. Ao lado disso, propagou-se que onde houvesse sociedade, haveria o Direito. *Ubi societas ibi ius*.

Isso seria correto? Em qualquer sociedade há Direito? Há Direito contra o Direito? Na Máfia, por exemplo, ou nas outras sociedades criminosas? Nos regimes totalitários?

O tema é de extrema delicadeza. A identificação do Estado com o Direito, que tem um viés liberal, oferece o perigo do idealismo hegeliano absorvido pelo fascismo: tudo pelo Estado, para o Estado, nada fora do Estado.

Para evitar-se a dramática coincidência do discurso, acrescentou-se à expressão “Estado de Direito” o atributo “Democrático”.

Se é possível a Democracia dentro do Estado regido, de maneira pura, pelos princípios da representação liberal, é uma outra questão.

Agora, o que se reivindica é mais do que um Estado Democrático de Direito, mas na sua transformação em Estado de Justiça, com a inclusão de todos no processo social, econômico e político.

Enquanto não superar-se o Estado nacional no Mundo, para um sistema supranacional, é preciso considerar o Estado como um meio. Nada de algo como a suprema realização do Espírito (Hegel), como um instrumento da luta de classes (Lênin), ou como uma imanência no próprio homem (fascismo), pois somente o a pessoa humana é um fim em si.

O PROBLEMA ELEITORAL

Quanto ao problema eleitoral em si, o primeiro dilema consiste na eleição majoritária nos distritos ou no sistema proporcional pela votação em listas partidárias, pois o voto direto no candidato é incompatível com o sistema proporcional, pelo menos teoricamente, suscitando graves inconvenientes, como o da eleição de representantes com pequena, atrelados a um ou outro com número extravagante de votos.

De difícil implantação, o sistema distrital tem vantagens. Aproxima o eleitorado do representante. Pode aprimorar o partido na base, ensejando a participação do homem comum na vida política. Possibilita mecanismos de revogação do mandato. Aprimora a democracia nos municípios, embora possa ensejar problemas relativos ao domínio de grupos econômicos, mesmo criminosos.

Como parece que estão preocupado com os sistemas distrital, proporcional ou misto, convém assinalar que o voto individual em um candidato é próprio do sistema distrital. O mais votado é eleito. Ele não representará o distrito, porque a característica da representação não se alterará. Pelo sistema proporcional ou pelo distrital, o deputado não representa os seus eleitores, mas todo o colégio eleitoral ou, se preferirem, a "nação". Ele nem sabe quais foram os seus eleitores, por isso ele é irresponsável tecnicamente falando. Não presta contas. Não obedece a

ninguém, pois não se admite o mandato imperativo. O representante, junto com todos os outros representantes, manifesta a vontade da “nação”, independentemente da vontade real nacional.

Tal é o sistema, suscetível de aprimoramento, que o Congresso não fará.

Uma coisa porém é certa: no sistema proporcional não faz sentido o voto pessoal, mas se impõe, pela lógica e pela técnica, o voto pelas listas partidárias.

A representação é partidária. Se os partidos não funcionam ou se estão longe da democracia na elaboração das listas, esse é outro problema. Se houvesse democracia, as listas nasceriam das bases partidárias, livres da imposição do dinheiro de alguns, da fama midiática de cantores, jogadores de futebol, artistas, jornalistas apresentadores de programas populares ou de shows televisivos.

O voto distrital, talvez, trouxesse a vantagem do fortalecimento dos partidos e a participação de cidadãos não envolvidos, diretamente, na política, credenciando-os a discutir com os candidatos ou eleitos em seus distritos.

Se pretendermos restaurar a dignidade da política no Brasil, necessitamos de uma reforma da representação. Não importa o que o Congresso fez ou o que a Presidente da República tentou (conselhos administrativos visando o controle por um partido e não a democracia na ponte entre os representantes e o povo)

Em uma verdadeira democracia, o dinheiro não pode ser o maior eleitor, sob pena de instaurar-se uma plutocracia.

O financiamento público das campanhas parece ser grave incompatibilidade com o sistema dito democrático: o povo pagar para a eleição dos seus representantes! O que é preciso consiste em fortalecer a ideia dos programas partidários e da sua divulgação, de um lado suprimindo a propaganda gratuita no rádio e na televisão à época eleitoral e, de outro, criar acesso aos meios

oficiais de comunicação, durante todo o ano, de maneira que os partidos possam de maneira igualitária divulgar as suas ideias e intenções programáticas.

Não se deve afastar a criação de instrumentos de aproximação entre a sociedade civil e os representantes, desde que não submetidos ao Poder Executivo ou por ele controlados. Trata-se de institucionalizar os grupos de pressão e os *lobbies*. Não se afaste a ideia da criação de defensores do povo, municipais e corporativos, uma espécie de tribunos, com iniciativa de projetos de lei no exercício de mandatos imperativos, submetidos à vontade de seus instituidores e com legitimidade para contestar publicamente os atos dos governantes, incluindo os dos representantes no Parlamento.

Quanto ao Senado, uniformizar o tempo do mandato e extinguir o suplente, além de proibir os senadores e deputados de exercerem cargos no Executivo, se e enquanto prevalecer o regime presidencialista.

Impõe-se, ainda, a extinção do voto obrigatório, para o fim de os governantes tomarem consciência de sua fragilidade diante da população.

São medidas revolucionárias? A política é a arte do possível? A reforma é inviável, pois pretender que os beneficiários do sistema o alterem?

No entanto, não podemos prosseguir nesse distanciamento entre os representantes e os representados. Não importa tanto a confusão nas tendências presentes na política, às vezes de inconfessáveis interesses, uma vez que elas geram, também, a impossibilidade de hegemonias ideológicas, próprias dos regimes totalitários. Relevante é que o poder seja exercido com a atenção voltada para a realidade de que ninguém, nem partidos, nem pessoas, nem grupos sociais ou econômicos, detêm qualquer domínio absoluto. São contidos pelas instituições e também pelos sufrágios que não lhes foram dados.

O sistema eleitoral é apenas um capítulo da reforma política, a qual haveria de alterar, de fato, a representação política:

- a. criando instrumentos de aproximação entre a sociedade e os representantes, desde que não submetidos ao Poder Executivo ou por ele controlados;
- b. estabelecendo mecanismos de participação popular nas decisões do governo;
- c. regulando o referendo, a iniciativa popular das leis e o plebiscito, sem condicioná-los às vontades dos parlamentares;
- d. admitindo o mandato imperativo na institucionalização dos “lobbies” e dos “grupos de pressão”;
- e. criando conselhos de diversos setores corporativos, livres e independentes do governo, possibilitando-lhes uma relação com os representantes parlamentares;
- f. estabelecendo o tribunato (defensores do povo, municipais e corporativos, em face do governo, incluindo neste os deputados e senadores);
- g. regulando a “urna eletrônica”, seu modelo e a apuração pública dos votos;
- h. determinando que os órgãos que realizarem as eleições não terão competência para julgá-las;
- i. cuidando da propaganda partidária pelos meios de comunicação, especialmente por intermédio de programas, mensais ou semanais, em canais de TV e rádio oficiais, de maneira a uma discussão permanente. E assim por diante.

Deveríamos, também, examinar o problema da concentração de poderes na Presidência da República e da estrutura do Estado, com a distorção das entidades da administração indireta (o duplo do Estado) e o visível, mas indesejável, capitalismo estatal.

DERRADEIRA COLOCAÇÃO

Qualquer que seja o rumo da reforma política, hão de ser consideradas duas concepções bem antigas.

Uma o conceito de povo, formulado por Cícero e retomado por Agostinho: todos associados em torno de interesses comuns e de um consenso sobre o Direito.

E outra, a notável definição de Dante, afirmando poder conceituar o Direito, em face do romanos, que não o definiram, como a proporção real e pessoal, de homem para homem, que conservada conserva a sociedade e corrompida a corrompe.

Por detrás de ambas as observações antológicas está a questão social, cuja solução se impõe no Brasil, sem o que nenhuma reforma política será suficiente.

**INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE MINAS GERAIS**

APONTAMENTO SOBRE A
REFORMA POLÍTICA BRASILEIRA:
A REPRESENTAÇÃO ISONÔMICA
DOS CIDADÃOS NO PROCESSO
ELEITORAL

FERNANDO GONZAGA JAYME

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG.
Professor Associado e Diretor da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado e Conselheiro
Seccional da OAB/MG. Conselheiro do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos.
Membro do Instituto de Direito Processual - IDPRO.
Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

1. DEMOCRACIA: CONCEITO E FUNDAMENTOS

A Constituição da República é o marco jurídico da restauração da democracia no Brasil. O reconhecimento da centralidade da cidadania, do pluralismo político, da soberania popular e da dignidade da pessoa humana fundamentam o regime democrático que almeja edificar uma sociedade livre, justa e igualitária.

O Estado democrático organiza-se politicamente no sentido de assegurar a dignidade da pessoa humana, razão pela qual os direitos fundamentais traçam todas as diretrizes e princípios da política do Estado. Os direitos fundamentais são constitutivos do estado de direito e também um “elemento básico para a realização do princípio democrático”¹.

A seu turno, a Constituição estabelece que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, onde todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nas situações constitucionalmente estabelecidas.

Com efeito, República Federativa e Estado Democrático de Direito são coincidentes, com a mesma extensão e significado. Constituir-se a República em um Estado Democrático de Direito significa que esta qualidade - Democrático de Direito - é base essencial da formação da República.

Compreender o significado de democracia, entretanto, é um desafio irrealizável, considerando a inexistência de um conceito unívoco. Carl Schmitt assevera que democracia converteu-se em um *conceito ideal*, ligando-se e identificando-se com liberalismo, socialismo, justiça, humanidade, paz e reconciliação dos povos². Assim, toda tentativa de conceituá-la transforma-

1. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 284.

2. SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 227.

se em custosa e inatingível tarefa³. Há de ser considerado, também, que formalmente, todo e qualquer Estado arvora esta qualidade, ainda que, reconhecidamente totalitário, como o são os países socialistas, que cassaram as liberdades individuais pela proposta utópica do fim da coerção estatal⁴.

Autodenominar-se democrático, portanto, transformou-se em lugar comum, mero rótulo formal, senha para ingresso no cenário internacional, não se prestando a identificar os sistemas de governo existentes.

Democracia é uma ideia que permeia a história política da sociedade ocidental, presente desde a antiguidade clássica, na insuperável classificação de Aristóteles em *A Política*.

Na Grécia, a democracia direta era a forma de governo existente. A assembleia dos homens livres deliberava a respeito dos assuntos da *pólis*. A grande contribuição dos gregos à civilização ocidental foi a formatação histórica da “*igualdade na diferença*” como dialética própria do ser político. Ela

3. Sobre a dificuldade de se alcançar um conceito de democracia, cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. Trad. Luiz Afonso Heck de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., p. 115: “Quase não há um conceito jurídico-constitucional ao qual são dadas interpretações tão diferentes como àquele da democracia. Embora o princípio democrático determine, em primeiro lugar, a ordem constitucional da Lei Fundamental, existe sobre isto, que é “democracia” uma abundância de concepções diferentes, muitas vezes, opostas.”

4. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus Editora, 2000, p. 375, afirma que “Hoje “democracia” é um termo que tem uma conotação fortemente positiva. Não há regime, mesmo o mais autocrático, que não goste de ser chamado democrático. A julgar pelo modo através do qual hoje qualquer regime se autodefine, poderíamos dizer que já não existem no mundo regimes não democráticos. Se as ditaduras existem, existem apenas, como dizem os autocratas, com o objetivo de restaurar o mais rápido possível a “verdadeira” democracia, que deverá ser, naturalmente, melhor do que a democracia suprimida pela violência.” O insucesso dos países marxistas deve-se em parte ao fato de que pretendiam desconsiderar as desigualdades dos indivíduos, (igualar os essencialmente desiguais) ao mesmo tempo que lhes privava do exercício de liberdades fundamentais, ao admitir no processo de transição para o comunismo um estágio onde a forma de governo é ditatorial. De todas as imperfeições das obras humanas, a democracia é a menos imperfeita das formas de governo já estabelecidas pelo indivíduo.

assegura ao homem, ser social, essa forma superior de igualdade que o eleva da particularidade das diferenças individuais à universalidade concreta do ser-reconhecido no universo ético da *politeia*, ou no reino das leis”⁵

Na democracia clássica, de matriz europeia ocidental e norte-americana, denominada democracia constitucional da liberdade, caracteriza-se por “um governo da maioria, obrigado a respeitar a liberdade como valor supremo, e limitado pela Constituição.”⁶

No Brasil a democracia é semidireta, mediante a harmonização da soberania popular com a democracia representativa. A adoção deste modelo deve-se, principalmente, a dois fatores. O primeiro é a incompatibilidade da democracia direta com os Estados modernos, pois além da dimensão territorial há o contingente populacional a inviabilizá-la. O segundo diz respeito à tentativa de não restringir a participação do eleitorado apenas ao sufrágio caso houvesse apenas a democracia representativa⁷. Por estes motivos, a democracia semidireta, que alia a prática da democracia representativa com a participação política popular por meio de plebiscitos, referendos, iniciativa popular, é a que melhor se adequa à realidade contemporânea⁸.

Ensina Kelsen que “democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo”⁹. No entendimento de Carl Schmitt essa definição reconhece a igualdade substancial, essência da democracia. Desta maneira, assevera

5. VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia II - Ética e cultura*. São Paulo: Edições Loyola, s.d., p. 265.

6. MAIHOFER, Werner. *Principios de una democracia en libertad*. BENDA, MAIHOFER, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p.219. “un gobierno de la mayoría obligado respecto de la libertad como supremo valor y limitado por la Constitución.”

7. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 418, 416, 415,

8. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. Cit., p. 288-293.

9. KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 35.

que a “autoridade dos que dominam ou governam não há de se apoiar em quaisquer altas qualidades inacessíveis ao povo, mas sim na vontade, no mandato e na confiança dos que hão de ser dominados ou governados, que desta maneira, na realidade, governam *a si mesmos*.”¹⁰

No entendimento de Bobbio, a democracia é o “conjunto de regras que devem servir para se tomarem as decisões coletivas, as decisões que interessam a toda a coletividade, com o máximo de consenso e o mínimo de violência.”¹¹

Para o exame da representatividade dos eleitores brasileiros destacam-se as seguintes características por ele apontadas ¹²:

- a. todos os cidadãos que tenham alcançado capacidade política, sem qualquer distinção, gozam do direito de expressar sua própria opinião ou de escolher quem a expresse por eles;
- b. o voto de todos os cidadãos deve ter igual peso;
- c. todos titulares de direitos políticos são livres para votar conforme sua própria opinião possibilitando uma livre disputa entre grupos políticos organizados em concorrência entre si;
- d. o eleitores são livres também para escolher entre diferentes alternativas, isto é, entre partidos que tenham programas distintos e alternativos;
- e. o princípio majoritário é o que rege as eleições e as decisões coletivas, sendo eleitos ou aprovadas as propostas que obtiverem o maior número de votos;

10. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 230-231.

11. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Op. Cit., p. 426.

12. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Op. Cit., p. 426.

- f. os direitos da minoria têm de ser respeitados, particularmente o de possibilitar a alternância no poder, possibilitando à minoria de hoje tornar-se, oportunamente, maioria.

Agregam-se, ainda, os elementos essenciais à democracia apontados na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993):

1. eleições livres dos integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo;
2. Poder Judiciário independente;
3. separação de poderes;
4. controle de legalidade dos atos praticados pelos poderes públicos;
5. garantias dos direitos humanos dentro do Estado de Direito;
6. pluralismo ideológico;
7. satisfação das necessidades humanas básicas através dos direitos econômicos, sociais e culturais;
8. a liberdade de associação;
9. acesso irrestrito à justiça;
10. liberdade de imprensa;
11. respeito aos direitos das minorias;
12. garantias de participação política para todos.

Pois bem, à luz de todos esses elementos, pode-se concluir que a democracia representativa tem, necessariamente, no voto sua principal característica. O sufrágio define a composição do órgão representativo.

Assim, desde as Revoluções liberais do séc. XVIII, a relação política passa a ser visualizada a partir da posição do cidadão; o indivíduo constitui a razão do Estado. O fundamento ético da democracia é o reconhecimento da autonomia de todos os indivíduos, indistintamente.

A participação no processo democrático vincula-se ao princípio do sufrágio universal. Todos os cidadãos estão igualmente habilitados a participar do processo político, não se admitindo restrições, salvo em relação à capacidade eleitoral e pressupostos formais objetivamente justificados¹³. “Na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos”¹⁴.

A democracia, por ser o regime da *igualdade na diferença*, é essencialmente pluralista. O princípio da maioria lhe confere legitimidade, razão pela qual dispensa-se o consenso unânime dos cidadãos, mas asseguram-se a existência e a coabitação com as minorias. A defesa dos direitos das minorias tem de estar assegurada para impedir a ditadura da maioria. O princípio da maioria tem por imperativo preservar os direitos da minoria. A garantia destes direitos se realiza através dos direitos e liberdades fundamentais que atuam limitando o poder da maioria.

Mas, o princípio da maioria não pode ser considerado isoladamente, pois, se assim se considerar, legitimar-se-iam regimes totalitários e autoritários despidos de qualquer lustro democrático. A igualdade é essencial para conferir-lhe validade como princípio estruturante da democracia representativa.

O princípio da maioria, a máxima aproximação possível à ideia de liberdade na realidade política, pressupõe, como condição essencial, o princípio da igualdade. Pois, o ponto de vista segundo o qual, na sociedade, o grau de liberdade é proporcional ao número de indivíduos livres implica que todos os indivíduos têm o mesmo valor político e todos a mesma pretensão à liberdade, isto é, a mesma pretensão de que a vontade coletiva esteja em conformidade com sua vontade individual.¹⁵

13. Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Op. Cit., p. 127; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ªed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 294.

14. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.380.

15. KELSEN, Hans. *A Democracia*. Op. Cit., p. 180.

A formação da vontade política legitimamente democrática manifesta-se mediante sufrágio geral, livre, igual e secreto. O processo eleitoral deve se realizar mediante um procedimento em que se respeitem as liberdades ideológica, político-partidária, de manifestação do pensamento, de associação e de reunião e assegure iguais oportunidades e respeito às minorias.

A democracia é reconhecida em um ambiente político em que se respeitam a liberdade e a igualdade.

No que tange à liberdade, a Constituição da República é irretocável. Entretanto, quando se trata da igualdade, constata-se um vício na representatividade política que demanda mudança.

2. A REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA DOS ELEITORES BRASILEIROS

A Constituição da República, no art. 45, § 1º, estabelece que a composição da Câmara dos Deputados observara o mínimo de oito e o máximo de setenta deputados eleitos por cada Estado.

A Lei Complementar nº 78/1992 definiu o máximo de 513 deputados federais sendo que São Paulo, por ser o estado mais populoso, terá 70 cadeiras, calculando-se, a partir desse número, a representação proporcional de cada estado da Federação.

As referidas normas promovem manifesta injustiça e atentam contra a democracia na medida em que violam a igualdade do voto dos cidadãos. Os limites estabelecidos implicam verdadeira distorção na representatividade, valorizando de forma desproporcional os eleitores.

Vejamos como foram definidos os quocientes eleitorais das eleições de deputados estadual e federal, realizadas em 2014:

DEPUTADO FEDERAL E ESTADUAL: ESTIMATIVAS DE QUOCIENTES ELEITORAIS PARA A ELEIÇÃO DE 2014 NOS ESTADOS BRASILEIROS (Pós-decisão do STF e atualização do eleitorado pelo TSE p/ 2014)					
ESTADO	QE		ESTADO	QE	
	FEDERAL	ESTADUAL		FEDERAL	ESTADUAL
AC	47.187	15.698	PB	170.839	57.835
AL	157.136	53.351	PE	180.646	93.499
AM	211.896	69.818	PI	175.409	59.557
AP	46.681	15.656	PR	197.355	109.946
BA	185.975	115.325	RJ	181.455	125.725
CE	209.209	100.450	RN	216.863	74.730
DF	183.579	62.062	RO	101.002	34.437
ES	198.278	67.190	RR	30.680	10.296
GO	189.051	79.559	RS	206.460	117.541
MA	177.806	76.356	SC	232.915	94.722
MG	206.382	142.815	SE	133.585	45.683
MS	172.086	58.189	SP	331.606	244.231
MT	198.306	67.508	TO	96.128	32.281
PA	221.685	92.168			

A partir dos números apresentados constata-se que o peso do voto do eleitor roraimense vale mais de dez vezes o do eleitor paulista. Em Roraima, com 30.680 votos elege-se um deputado federal, enquanto em São Paulo são necessários 331.606 votos. Acontece que, segundo dados do Censo 2010, disponibilizados pelo IBGE, Roraima e São Paulo tinham, respectivamente, população de 451.227 e 41.252.160 habitantes, ou seja, a população paulista é mais de noventa vezes superior à de Roraima.

Desta maneira, cada deputado do Estado de Roraima representa 56.403 habitantes, enquanto em São Paulo a proporção é de um deputado para 589.316 habitantes.

Procedendo-se a uma análise regional, considerando que poderia haver

uma plataforma política afim entre os representantes de cada Estado que a constitui, ainda assim, constata-se verdadeiro déficit de representação das regiões mais populosas. A propósito, consideremos a região sul, com três estados e população de 27,4 milhões de habitantes, é representada por 77 deputados, enquanto, a região norte, formada por sete estados, tem população de 15,8 milhões e 65 deputados federais. Assim tem-se, respectivamente, na região norte, 243.076 habitantes/deputado, enquanto na região sul, a proporção é de 355.844 habitantes/deputado. Quando se considera a região sudeste, a situação fica ainda mais desproporcional. Com 80 milhões de habitantes, a relação, na região sudeste, é de 446.927 habitantes/deputado.

Considerando, ainda, o sistema bicameral, onde a representação dos Estados posiciona-se no Senado Federal e a representação popular na Câmara dos Deputados, evidencia-se a subvalorização do voto dos eleitores dos estados mais populosos.

Essa situação, indubitavelmente, gera discriminação, na medida em que dispensa tratamento distinto a pessoas em situação idêntica, como elucida Canotilho:

Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos. (...)

O princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade¹⁶.

16. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 400.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A igualdade é princípio basilar da democracia e sua violação representa nega-la. No sistema político eleitoral para eleição dos congressistas da Câmara dos Deputados há uma manifesta ofensa à igualdade, uma vez que a regra *one man, one vote* está descaracterizada por um sistema proporcional iníquo no qual o peso do voto dos cidadãos dos estados menos populosos tem um valor várias vezes superior ao dos estados mais populosos.

A reforma política deve, portanto, preliminarmente, promover o equilíbrio do voto entre os cidadãos mediante emenda constitucional que altere o § 1º do art. 45 da Constituição da República para estabelecer uma proporcionalidade na qual se restaure igualdade dos cidadãos atribuindo aos seus votos o mesmo peso no sistema proporcional de eleição dos membros da Câmara dos Deputados.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus Editora, 2000

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 284.

HESSÉ, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. Trad. Luiz Afonso Heck de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000

KELSEN, Hans. *A DemoCracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993

MAIHOFER, Werner. *Principios de una democracia en libertad*. BENDA, MAIHOFER, HESSE,

HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996,

VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia II - Ética e cultura*. São Paulo: Edições Loyola, s.d.,

DA RELAÇÃO TRIALÓGICA ENTRE
PARTIDOS POLÍTICOS, PODER
REPRESENTATIVO E REGIME DE
GOVERNO. TEORIA DA TRILOGIA
POLÍTICA. CONTRIBUIÇÕES PARA A
REFORMA POLÍTICA NO BRASIL

JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO

Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

1. ORIGENS DA *CONSTITUIÇÃO CIDADÃ*. RAZÕES POLÍTICAS DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE. MAIORIA HETEROGÊNEA E EFÊMERA. CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO PROMESSA

A Constituição brasileira de 1988, chamada de *Constituição Cidadã*, resultou de compromisso da oposição, assumido com o povo, de realização de eleição direta de Presidente da República, por ocasião do amadurecimento da redemocratização no Brasil. Não se procurava então suma de programas e ideais, mas instrumento para viabilizar as *diretas já* e, através destas, conseguir-se alternância no poder político, ocupado por governos fortes desde 1964.

Quem se lembra da sequência dos episódios ocorridos a partir da segunda parte da década de 70 do Século XX pode visualizar o ocaso do Governo Militar, originário da eleição indireta e a abertura política como alternativa para que a oposição pudesse, segundo escolha do povo, ultrapassar o modelo esgotado.

Naquele tempo não era possível cogitar-se de um dos dois instrumentos básicos para incluir a oposição no jogo viável da Democracia, ou seja, na eleição para Presidente da República. A oposição não reuniria dois terços dos votos dos membros das câmaras do Congresso Nacional para aprovar emenda constitucional nem reuniria votos para eleger seu candidato pelo colégio eleitoral.

A emenda à Constituição serviria à devolução do sistema eleitoral à eleição direta e somente esta tornaria possível a vitória da oposição. Mas, a deliberação haveria de ser tomada por votos que a oposição não possuía. A hipótese menos provável seria aquela em que a oposição conquistaria o controle do colégio eleitoral da eleição indireta.

O pedido de nova Constituição não foi sustentado por movimento revolucionário ou por crise política. Foi levado às suas com pretextos democráticos e atrativos, mas o verdadeiro fim era o de conseguir alternância no poder.

Com a eleição do candidato da oposição, *Tancredo Neves*, e a desmistificação do colégio eleitoral, o apelo de nova Constituição ficou esvaziado e não encontrou ambiente propício para os consensos mínimos indispensáveis à montagem de nova estrutura fundamental.

A oposição era representada por aliança heterogênea que não era aperfeiçoada para o encontro de soluções consensuais e de objetivos comuns.

O espelho desta promíscua e efêmera convivência está no funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte, instalada em 1º de fevereiro de 1987. Naquela Assembleia não se determinou maioria consistente e permanente, mas ocasional e de consensos pontuais e críticos.

Resultado daquele quadro circunstancial foi a promulgação de texto constitucional com características dispersivas:

1. texto demasiadamente longo para abrigar a soma dos consensos mínimos conseguidos;
2. preterimento da Constituição Material pela Constituição Formal, com desprestígio do sentimento constitucional;
3. segmentos híbridos ou até contraditórios em longo e apologético texto;
4. multidão de atos legislativos e infraconstitucionais para o cumprimento das inúmeras promessas;
5. predomínio de intenções e declarações sobre garantias;
6. redução do vigor constitucional às normas de organização dos poderes, de declaração dos direitos individuais e de definição de competências;
7. inclusão de direitos econômicos e sociais como direitos fundamentais dotados de baixa coerção;

8. projetos utópicos e que impõem soluções unilaterais com desprezo da força da iniciativa privada;
9. alocação de matéria típica da lei ordinária, como os tipos de serviços e de benefícios previdenciário, sua cobertura, valor mínimo, sistema único de saúde, como exemplos.

Consequentemente, a Constituição de 1988 saiu da opção pela máxima efetividade, própria das constituições rígidas, e imergiu nas moções incertas das declarações internacionais.

2. A FALTA DE PARTIDOS POLÍTICOS. PREDOMÍNIO DE DELIBERAÇÕES CONSCIENTEMENTE INCOMPLETAS. MITIGAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A falta de partidos pode ser apontada como responsável pelo pacote impossível da Constituição de 1988, extenso campo de escolhas ecléticas, de difícil aplicação e contraditória incompletude. Logo, a Constituição de 1988, além de cidadã, passou a ser motivo de frustração e fonte de enganos. Proporcionou o que *Delfim Netto* denominou 'Ingana'. Fantasia de Inglaterra e miséria de Ghana.

O texto constitucional aprovado marca-se pelas declarações esteticamente positivas para a Democracia avançada, qual excelente protocolo, mas perde em sua função de concretizar, com segurança e realismo, as decisões fundamentais.

Com a importante vantagem de introduzir os direitos sociais no cenário dos direitos fundamentais, a Constituição mitiga seu tônus, atribuindo-lhes o valor de intenção firme.

As razões dessa engenharia deletéria encontram-se no fato de que a Constituição impôs ao Estado encargos sem meios. Consequência deste fato,

nos primeiros oito anos de sua vigência efetivou-se mais uma dezena de emendas constitucionais com o propósito de transferir parte daqueles ofícios para a iniciativa privada ou desqualificá-los da natureza de responsabilidades de governo. E, ao fim de vinte e oito anos, foram promulgadas noventa e duas emendas constitucionais.

3. CRISES DERIVADAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: SISTEMA INADEQUADO DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E RENDAS; PRESIDENCIALISMO ATÍPICO E DEFICIÊNCIA DO GOVERNO REPRESENTATIVO

*Manoel Gonçalves Ferreira Filho*¹ verificou crises derivadas da Constituição de 1988.

A estrutura constitucional conteve sistema inadequado de repartição da competência e da tributação, não compensando a União com arrecadação suficiente a manter os serviços que lhe foram atribuídos.

Nesta verificação, põe-se o seguinte questionamento: a tributação é escassa ou a burocracia é exagerada? A arrecadação é bem feita e o produto, bem aplicado? Escapa ao propósito deste trabalho demonstrar que a tributação é grande, o índice de qualidade de aplicação do dinheiro público é baixo e alguns serviços não deviam ser públicos.

O regime presidencial de governo, contido na Constituição, pode ser considerado impróprio ao governo de intervenção econômica e social. Ações coordenadas do Executivo com o Legislativo seriam indispensáveis. Ao contrário, a Constituição conteve o modelo hermético do Estado não intervencionista.

1. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Seminário sobre reformas constitucionais. Comissão de estudos constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Minas Gerais e Escola de Advocacia da OAB/MG. Belo Horizonte, 1996.

Para superar a dificuldade passou-se ao uso demasiado da Medida Provisória, para a qual o Executivo tem funcionado, como Legislador e como Administrador, durante o tempo de muitas reedições, ocasionando descontinuidade, surpresas e imprevisibilidade decorrentes das alterações que frequentam referidas reedições nas quais se colocam interesses pontuais e momentâneos. A redução das reedições não repercutiu sobre a artificialidade do procedimento, que requer base de apoio parlamentar sólida e permanente.

A terceira crise oriunda da Constituição de 1988 foi a do Governo democrático-representativo como será discutido no tópico seguinte.

4. IDEIA DE DEMOCRACIA. DEMOCRACIA DIRETA E GOVERNO REPRESENTATIVO. CONTEÚDO DEMOCRÁTICO.

Os doutores do Século XVIII eram adeptos da Democracia direta. Não cogitaram de construir novo tipo de Democracia. Questionaram a possibilidade de considerar-se democrático o governo gerado por eleições. A questão posta em debate foi a seguinte: é democrático o governo pelo fato de ter sido escolhido pelo povo?

*Jean-Jacques Rousseau*² afirmou que a participação em eleições periódicas não contém a verdadeira Democracia, pois a vontade do povo é intransferível. Os que são eleitos não o representam sendo somente comissários do povo. Não parecia a *Rousseau* que as pessoas pudessem escrever sua vontade para os governantes eleitos. Está aí o fundamento da representação: pelo mandato, conferem-se os poderes que podem ser exercidos.

Tornou-se necessário desconectar a representação do conceito inerente

2. ROUSSEAU, Jean- Jacques. *Du contrat social*, Livre III, Chap. IV, De la démocratie. Genève: Archives de Jean -Jacques Rousseau, 2003. p. 35. https://www.ucc.ie/archive/hdsp/Literature_collection/Rousseau_contrat_fr.pdf, acesso em 19/08/2016 às 10:30 h, horário de Brasília.

ao mandato imperativo do Direito Privado e construir-se a teoria do mandato político. Purificou-se a semântica com a atribuição da representatividade ao Governo e, não, à Democracia.

A procura do Governo representativo decorreu da impossibilidade material de que todo o povo participasse diretamente. Em Atenas antiga era possível a vinte mil habitantes participarem do Governo com a presença efetiva de quatro mil pessoas. Mas, em Estados com população grande, como são os Estados contemporâneos, não seria possível.

Segundo *Montesquieu*³, seria desejável que o poder fosse exercido por todos. Impossível essa forma, seguiu-se a ideia da representação. Representantes eleitos pelo povo, no Legislativo, não sujeitos às instruções dos eleitores.

Montesquieu considerou que os homens, em geral, não têm condições de apreciar questões políticas, mas podem reconhecer, dentre os cidadãos, os que são mais aptos para essa função. Aí está o traço aristocrático da doutrina de *Montesquieu* – o reconhecimento dos mais capazes.

Impossível o Governo direto do povo, método ideal, passou-se a procurar forma realista para a participação popular. Surgiram então as ideias da separação dos poderes, do sufrágio universal e dos partidos políticos.

A boa organização da cidade, a vida do homem e da sociedade são temas recorrentes para o aperfeiçoamento da Democracia, que é reputada, desde os gregos, como *politeia*, isto é, a forma de encontrar a felicidade do povo. Essa forma é, nos autores, confundida com a Constituição.

A Democracia contemporânea não é limitada a seu significado etimológico, ao conceito literal dos gregos – forma de governo, técnica de estruturação do

3. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, Segunda Parte, Livro Décimo Primeiro, VI. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2. ed., 2. tiragem, 2000. ps. 170-171.

poder – mas responde por seu conteúdo: direitos fundamentais dos homens e da sociedade bem como deveres recíprocos que contêm sentimentos de solidariedade social.

Dentro deste conceito novo, *Jean-Jacques Rousseau* ⁴ constatou que o Governo democrático é tão perfeito que, se houvesse povo de deuses, este teria Governo democrático.

A Democracia, em seu conteúdo completo, estaria fora do mundo dos homens.

Em sua versão clássica, a Democracia conviveria com a intangibilidade patrimonial, o liberalismo econômico, campo inerente ao predomínio da minoria rica sobre a massa pobre. Em outras palavras, correspondeu para os proletários à opção de submeter-se voluntariamente ou de serem condenados ao sacrifício da miséria e da exclusão.

Fácil é compreender-se que o vício não se encontrava na essência da Democracia, mas em seu conteúdo acidental de liberalismo absoluto, de propriedade privada ilimitada, sem prezar valores filosóficos, científicos, morais e religiosos.

Consequência histórica previsível foi o aparecimento de reações radicais, como a ideologia comunista com a ditadura do proletariado e a vangloria nazista de mil anos sem liberdade.

As ideologias impositivas de duas Grandes Guerras conviveram com intervalos para o estudo neutro, pelos filósofos, políticos e sociólogos.

Desses estudos decorreu o afastamento das utopias democráticas anteriores que não se resumiam apenas no liberalismo, mas que incluíam a exigência do Governo direto pelo povo e a exposição a otimismo exagerados. A reconstrução do conceito de Democracia e o encontro da Democracia real foram oportunizados.

4. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 35.

Criaram-se novas alternativas em face de convulsões inimagináveis. Houve possibilidade de refletir-se empiricamente, sobre os escombros de duas conflagrações de âmbito mundial. Estavam evidenciados males que asseguravam ser a Democracia, entre as disponibilidades defeituosas oferecidas, o ambiente mais propício, descoberto pela civilização ocidental, para investir no crescimento da dignidade e na capacidade criadora dos homens e das instituições.

Não existe conceito universal sobre a Democracia. As contribuições da realidade histórica são coadjuvantes, mas não retiram as concepções subjetivas que retratam representações mentais que se aproximam.

Vivenciamos, ainda, os critérios determinantes para as definições descritivas que poderão no futuro estabelecer o conteúdo e a finalidade da Democracia.

5. PRÁTICA DEMOCRÁTICA. ORGANIZAÇÃO POLÍTICA DA SOCIEDADE. PARTICIPAÇÃO DO POVO. OPINIÃO PÚBLICA. COMUNICAÇÃO SOCIAL E PROPAGANDA

A primeira questão que se apresenta é de definir-se quem pode e deve enunciar o modo de fazer Democracia. Trata-se esta de missão titular do povo. Este escolhe quem deve governar. Pela eleição, o povo aceita ou recusa governantes. A opinião pública, livremente formada e enunciada, é necessária à organização política da sociedade.

É próprio, na prática dos totalitarismos que o pretexto da falta de compreensão dos problemas de governo impeça a participação dos indivíduos que não pertençam à burocracia e que não aceitem integralmente as razões e os métodos do Governo. Eis aí o fundamento da *nomenklatura* que degenerou a opção histórica da antiga União Soviética pelo Governo com participação de todos.

Walter Lippmann ⁵ analisou a tendência dos governos decadentes. Neles valoriza-se o obscurantismo dos senhores do poder tanto como o gênio científico. As contribuições dos observadores e pensadores são aprisionadas pelas peias da autoridade. Reduzem-se estudiosos e artistas, a população inteira, ao nível cultural dos políticos governantes. A opinião de homens sem qualificações supera a dos homens especialmente dotados e empenhados para se qualificarem.

Em verdade, a Democracia não prescinde da contribuição crítica dos especialistas bem como da expressão livre e da ouvida do povo, como senhor do poder político do Estado.

A Democracia (Governo do povo) é praticada com a formação, transmissão e efetivação da opinião pública. Grupo histórico e lógico de julgamento, sem a certeza da verdade científica, compartilhado por numerosas pessoas em resposta aos problemas propostos ⁶.

Na doutrina do Estado, **Darcy Azambuja** ⁷ coloca como linhas gerais da opinião pública:

1. que seja a expressão da vontade da maioria;
2. que não se trate de situação em que a minoria é apartada pelo ódio, pela discriminação étnica, pelo fundamentalismo religioso e pelo desencontro intransponível dos sentimentos nacionais;
3. que não resulte de pequena e instável margem de superioridade numérica;
4. que não viole direitos fundamentais da minoria e em que esta não use resistência com emprego de força física.

5. LIPPMANN, Walter. *A reconstrução da sociedade*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1961. p. 307.

6. TARDE, Gabriel. *A opinião e as massas*, 2, ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução: Eduardo Brandão. Revisão de tradução: Paulo Neves.

7. AZAMBUJA, Darcy, *Teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Editora Globo, 18. ed. , 1979. ps. 281/285

A opinião pública não decorre de obra racional da observação crítica, da inteligência e da cultura. Geralmente exprime interesses momentâneos que são gerados pelo caráter, pela educação e pela crença das pessoas. Portanto, a opinião pública não é a arte do pensamento, mas a expressão de sentimentos e pretensões estimulados pela ampla discussão proporcionada pela comunicação social cada vez mais livre e aberta.

Insera-se aí a propaganda, técnica destinada a formar opinião no povo, mantê-la ou alterá-la. A propaganda tradicional, ocupada pela Igreja Católica para a propagação da fé, é instrumento atual de partidos políticos e de organizações sociais para captar a vontade do povo, criar e transmitir correntes de opinião. Quando bem utilizada, a propaganda serve para aperfeiçoar o funcionamento da Democracia, com o despertar do povo e sua preparação para que se torne protagonista consciente da atividade política.

A degeneração da propaganda, por outro lado, é grave problema porque expõe número considerável de pessoas a interesses inconfessáveis, artifícios, truques e ardis.

A opinião pública constrói-se pela participação dos veículos de comunicação social, partidos políticos, empresas e organizações sociais.

A sociedade humana está provida dos bens e dos males da natureza. Os políticos exercem sua intervenção como geólogos e ambientalistas. Para descobrirem o que se encontra na alma do povo, proporcionar-lhe alternativas de escolha e deixá-lo livre, porém, bastante instruído. Afiados devem ser os governantes, nas questões técnicas e especializadas, para gerar e abastecer a energia da felicidade coletiva e individual.

6. PARTIDOS POLÍTICOS. REPRESENTAÇÃO PROFISSIONAL, CORPORATIVA E INSTITUCIONAL

Os partidos políticos, dentre as máquinas mapeadoras e fotográficas da opinião pública, constituem-se instrumentos e eficazes.

Não têm a pretensão de abarcar a opinião pública e as contradições nela entranhadas. Destinam-se a revelar segmentos coerentes.

Os partidos não agem solitariamente. Necessariamente chamam a si segmentos de oposição. Facultam a presença dos contrários, a competição e o respeito à divergência, que é elemento indispensável à ideia contemporânea de Estado Democrático.

Os partidos são pragmáticos, uma vez que não se limitam ao debate de ideias, à afirmação de teses acadêmicas, mas têm por função primordial organizar programas para se conduzirem ao poder. São veículos de segmentos da opinião pública destinados ao preenchimento dos espaços da Democracia representativa.

Têm sido discutidas alternativas melhores para os partidos políticos, como os sindicatos, as corporações e as instituições.

A representação profissional não é favorável à medida que agudiza o domínio de uma classe sobre a outra, gerando interesses conflitantes. Convive também com escolhas trágicas, dada a imensa quantidade de categorias econômicas e trabalhadoras. O dimensionamento da representação de cada categoria e a limitação do acesso à representação tornam-se intrincadas questões. Antes do exercício do poder político, protagoniza luta de classes e dolorosa repercussão sobre a economia. A justaposição de dois tipos de representação torna mais difícil e complexa a apuração da vontade do povo, com custos e perdas de oportunidades injustificáveis.

O Brasil pretendeu representação profissional, na Constituição de 1934. Porém, jamais conseguiu plantá-la e vicejá-la.

O esquema corporativo propõe representar o povo não apenas em suas questões econômicas, como ocorre na representação proporcional. Reconhece existirem afazeres sociais, culturais, religiosas, militares, educacionais, sanitários, científicos, artísticos que se inserem no plano político.

A representação corporativa vem com o desgaste de seu insucesso, ao ter sido aproveitada por regimes totalitários. Proporcionou a inversão dos valores

democráticos. Basta esta constatação para ser verificado que é ambiente favorável ao autoritarismo, por ensejar que as corporações reconhecidas pelo Governo possam desempenhar funções na representação política.

Quando se estuda o fascismo tem-se que o modelo corporativista dele implicava o Estado totalitário.

A corporação não é natural ou multitemática como sua teoria propõe.

*Mihail Manoilescu*⁸, teórico do corporativismo e do fascismo, afirmou que o Estado não pode desconhecer a preexistência da Igreja, do exército e do ensino. Admite que a doutrina corporativa não concede ao Estado poderes para renovar os princípios básicos desses organismos.

O costume autoritário vale-se de pressupostos abertos para intervir na sociedade. Por exemplo, o Governo Militar do Brasil invocou a segurança nacional para estabelecer índices de correção salarial, mediante decretos-leis, diante de inflação galopante e demora da elaboração legislativa ordinária.

No caso da investidura de poderes, o perigo é mais sensível ante a inexorável tendência de aumentá-los sem necessidade, patologia presente na deformação da Democracia.

As corporações são mais extensas e abrangentes que as profissões. Brotam das realidades, porém exprimem confusão e contradição quando pretendem ultrapassar suas próprias forças e formular o programa nacional, que deve ser a marca sensível da identidade nacional.

A representação institucional importa que o representante não seja uma pessoa, mas ente organizado que transforme ideias permanentes dentro de certa realidade social, para que saiam do plano teórico e adquiram duração no meio social. As instituições têm a vantagem de abrigar elementos heterogêneos do grupo, como forma de governo, relações de consumo,

8. MANOILESCU, Mihail. Rio de Janeiro: J. Olimpio, 1938, 292 p. *O século do corporativismo: doutrina do corporativismo integral e puro*, tradução de Azevedo Amaral. p. 147.

direito à saúde e outros objetivos comuns que afetem a vida em sociedade. Trata-se de organizações do tipo piramidal em que as instituições de base suportam instituições intermediárias e estas, instituições de cúpula ⁹.

Os partidos políticos estão vocacionados a tornarem-se espécies de instituição quando ultrapassam a fase empírico-primitiva, deixam de ser partidos de pessoas para se tornarem partidos de ideias e programas.

A origem dos partidos políticos pode ser posta na assembleia dos cidadãos, autoridade suprema do Estado grego no século V a. C. No modelo antigo organizavam-se grupos com opiniões definidas e distintas sobre assuntos fundamentais do Estado como o debate da opção pela Democracia e pela oligarquia. Em Roma, os problemas básicos que justificavam partidos eram a política externa e os direitos da plebe. Na Idade Média, o debate era sobre a supremacia do poder do Papa ou do Imperador.

O nome *partido* é polissêmico, podendo significar clãs agrupados em torno de um líder; clubes em que se reuniam os deputados que preparavam eleições censitárias, nas monarquias constitucionais bem como organizações políticas em que se enfeixam segmentos da opinião pública, nas Democracias modernas.

Dando-lhe conceito limitado, doutores reconhecem a existência de partidos políticos a partir da luta entre os direitos do Parlamento e as prerrogativas do Rei, no século XVII, tendo conseguido melhor definição com o reconhecimento da oposição política, cuja doutrina encara os adversários do Governo como integrantes das engrenagens do Estado, não se classificando como inimigos, traidores ou subversivos.

Os partidos pessoais agrupam em função de amizade ou de animosidade entre os que lutam por ideias.

9. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, 20. ed., atualizada. . São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 178/180.

Os quadros partidários devem ser refratários a maneiras, gestos e discursos carismáticos. Vivencia-se tempo em que os sentimentos são reflexos das circunstâncias, mas em que o homem demanda racionalização de atitudes e compromissos objetivos.

Partidos são aparatos legítimos que procuram captar a opinião pública, mas que também ajudam a criá-la. Contra eles surgiu a acusação de que seriam divisões que segregariam grupos do povo, abrindo ocasião para desentendimentos.

As ressalvas contra os partidos políticos são velhas e demonstram o os desvios nos quais incorreram. Em seu Discurso de Despedida, *George Washington* produziu verdadeiro libelo contra os partidos¹⁰. Em seu pronunciamento, *Washington* denunciou que as facções, lideradas por homens astutos, ambiciosos e sem princípios, corrompem a vontade da nação bem como substituem planos saudáveis e consistentes por projetos mal produzidos e intempestivos. Essas lideranças avançam contra o dinheiro público e arruinam os partidos que as serviram.

Pensadas as objeções, os partidos têm sido postos como males necessários ou como instrumentos indispensáveis à efetivação da Democracia.

*Hans Kelsen*¹¹ atuou como apologista dos partidos políticos para que estes substituíssem as diferenças entre homens por diferenças entre programas ou ideias. Os partidos revelariam tais programas. A escolha popular ocorreria sobre os partidos, os programas destes. Mediante a representação proporcional (R.P.) a força partidária decorreria do apoio dado aos partidos; não aos candidatos. Os partidos formariam as listas a serem votadas e nelas incluiriam os candidatos, na ordem em que deviam ser chamados.

Logo, em *Kelsen*, o partido ocupou a posição fundamental da representação política. Os votos atribuídos aos partidos definiriam para ele a proporção pela

10. *Washington's Farewell Address* 1796. http://avalon.law.yale.edu/18th_century/washing.asp

11. KELSEN, Hans. *A Democracia*, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.

qual adquiriria representação. Os partidos designariam a ordem em que seus filiados ocupariam as cadeiras.

Para o sistema pluripartidário a representação proporcional é o método que mais aproxima a escolha ao critério da igualdade. Neste caso, a eleição, geralmente, irá depender de segundo turno que servirá para revelar a maioria absoluta. Mas, essa maioria muitas vezes forma-se com a perda da representatividade partidária, mediante acordos interpartidários de ocasião.

Já a representação majoritária é adequada ao regime bipartidário. Somente no contexto deste é possível apurar-se maioria satisfatória. Em se tratando de regime pluripartidário a maioria tornar-se-á possível por coligação póstuma. Será maioria precária e inadequada para o desempenho do Presidente da República, no regime presidencial de governo, que requer decisões unipessoais de grande potencial e respaldo legislativo sólido.

7. TEORIA DA REFORMA PARTIDÁRIA

Pode ser posto em discussão o âmbito dos partidos: locais, regionais, nacionais ou de vocação universal. O Brasil adotou, no passado, partidos regionais. Certamente, não cumprem missão relativamente à engrenagem da federação. Os partidos de vocação universal não são partidos em sentido estrito. São movimentos internacionais que reclamam por institucionalização e abandonam a finalidade partidária. Partidos nacionais sem resultados mínimos são irrelevantes. Logo, as cláusulas de barreira, ao contrário de constituir restrição democrática, são indispensáveis à legitimação partidária.

A fidelidade é requisito expressamente consignado no art. 17, § 1º, da Constituição da República, na redação dada pela Emenda à Constituição nº 52, de 2006. É matéria para os estatutos dos partidos.

A existência de controvérsia sobre esse instituto decorre de sua formatação pela Emenda à Constituição nº 1, de 1969, revogada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985. Conforme o art. 152, parágrafo único, daquela

Emenda Constitucional, perderia o mandato o Senador, os Deputados Federais ou Estaduais e os Vereadores que, por atitudes ou pelo voto, se opusessem às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixassem o partido sob cuja legenda se elegeram. O instituto era acusado de autoritário por submeter os membros do partido às ideias de suas cúpulas.

A fidelidade partidária é tomada como consequência lógica da filiação. Há de ser limitada, porém, ao estatuto ou às deliberações tomadas pelas convenções. Não faz sentido que o candidato se valha da estrutura do partido e divirja do programa a que aderiu voluntariamente.

Tanto como as sublegendas, as coligações partidárias constituem impressionante desvio da realidade partidária, produzindo grupos efêmeros e oportunistas para eleições e deliberações legislativas. São aceitáveis apenas para os cargos majoritários quando se procura organizar a vontade real e permanente pela formação da maioria absoluta ou qualificada.

A Emenda à Constituição nº 52 constitucionalizou as coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal. É arranjo inconveniente à metodologia do sistema eleitoral baseado em partidos. Exonera-os de sua principais razões de ser, que são a identificação de um segmento da opinião pública e sua dimensão ampla que corresponda à unidade do País.

O controle dos gastos dos partidos políticos tem constituído tarefa constante da Justiça Eleitoral, para evitar ou coibir o abuso do poder econômico.

A obrigatoriedade do voto, em sentido estrito, no Governo representativo, tem sido tema recorrente na verificação da Democracia ideal. Pode-se dizer que o sufrágio obrigatório abre pretexto para o voto-protesto que desvia sua finalidade. A Democracia tem lidado com o pagamento do *jeton* para aqueles que cumprem o dever eleitoral e com aplicação de multas e outras sanções aos que se tornam inadimplentes.

Discutido como dever o direito, pela doutrina, impõe-se reconhecer que se trata de faces da mesma realidade. Para que os quadros se completem é necessária a escolha. Como está presente o interesse coletivo conclui-se que se trata de direito subjetivo do indivíduo à participação da função social. O sufrágio é o motor da Democracia e há de ser o mais amplo possível. Não se concebem restrições odiosas ou sem causa que não se confundem com as limitações necessárias para que seja dado com liberdade e consentimento por eleição baseada na vontade subjetiva do eleitor e nas características objetivas do candidato.

O sufrágio obrigatório vale como parte da educação para a cidadania e o trabalho, mediante convivência social em que se aprende e pratica a solidariedade e a responsabilidade social.

O sufrágio facultativo prestigia a liberdade individual, grande no liberalismo, mas que é atenuada pela igualdade que há de acontecer não só nos direitos como também nas obrigações. Não é justo que se creditem iguais direitos e garantias sem deveres e responsabilidades. Essa junção qualifica a justiça social.

A Constituição de 1946 proporcionou a plethora de partidos políticos. Havia dez partidos. Passou-se então a discutir sobre a hedionda proliferação de partidos.

A primeira Lei Orgânica dos Partidos Políticos, de 1965, estimulou a reorganização dos partidos políticos, mediante fusões. Em seguida, o Ato Institucional nº 2, de outubro daquele ano, extinguiu os partidos e ensejou o aparecimento de apenas dois novos partidos. Aparelhado a este saneamento, surgiu o sistema das sublegendas que subverteu o ideal do bipartidarismo. Havia então o convencimento de que a colisão dos partidos fazia que a Democracia pelos partidos perdesse seu mérito. Já não haveria a opção por projetos mas por acordos.

A Constituição de 1988 ensejou o crescimento da quantidade de partidos políticos, minimizando o programa e a disciplina partidária.

Para aperfeiçoá-los em legitimidade, o Tribunal Superior Eleitoral formou comissão de juristas que apresentou ao Congresso Nacional propostas de aperfeiçoamento dos partidos com:

1. quantidade mínima de adeptos;
2. formalização de estatuto programático;
3. controle de recursos financeiros que podem empregar;
4. participação efetiva das bases nas deliberações partidárias.

A “cláusula de barreira”, adotada pela Alemanha, tem sido introduzida visando proporcionar legitimidade aos partidos, ao exigir que tenham obtido quantidade mínima de votos, como, por exemplo, 5% da totalidade dos votos do eleitorado. Tende a aperfeiçoar a base de apoio do Governo e definir a oposição. Sem a cláusula de barreira o ambiente político abre-se para a instabilidade e à promíscua troca de favores que colocam em segundo plano o interesse geral. Abre espaço aos “partidos de aluguel” que desvirtuam completamente o Governo representativo.

O lado pragmático dos partidos está em que se ocupam com projetos que respondem aspirações coletivas, dedicam-se a projetos viáveis e aceitos pelo povo. O partido congrega vontades, constrói convergência para as grandes questões e depura elementos inflexíveis.

O voto partidário é, objetivamente, escolha de programas a serem praticados pelos governantes. Não exclui a opção por pessoas, pois vota-se em ideias e também nas pessoas que, no juízo dos eleitores, defendem aquelas ideias.

A disponibilidade de diálogos formados por opiniões gerais e divergentes proporciona o bipartidarismo ou o pluripartidarismo. Este ocorre quando o debate das matérias fundamentais para cada legenda vai além de uma só dicotomia expressiva, abrindo margem a vários segmentos em torno de questões significativas para os assuntos estatais e governamentais.

*Celso Ribeiro Bastos*¹² defendeu que, ao adotar o pluripartidarismo, o constituinte procurou reproduzir, no campo específico da organização partidária, o caráter pluralista que preside a organização da sociedade brasileira. Acrescenta que às Democracias liberais correspondem, em regra, sistemas pluralistas de partidos, no contexto da correlação muito grande que há entre o sistema de partidos e o regime político. Aos regimes autoritários se seguem sistemas de partido único, que certos autores veem como regime sem partidos, porque não identificam no partido único os atributos do partido, o qual só reúne esta condição na medida em que vive ou convive com outros partidos.

O sistema pluripartidário não exclui partidos menores. Mas, tem a vantagem de definir o eixo do poder em face de oposição bem definida, o que facilita o processo dialógico que se dispersa e perde nos casos de coligações efêmeras e flutuantes.

Em termos teóricos, os partidos são excelentes foros para os assuntos políticos, sociais e econômicos que lhes exigem transparência e alta definição.

Coloca-se, portanto, como questão, a causa do fracasso da Democracia baseada em partidos políticos.

Quando se estudam os ciclos evolutivos das formas de governo, imaginados e racionalizados por *Maquiavel*, em seus Discursos sobre a década de *Tito Lívio*¹³, formulados sem base histórica, identifica-se a realidade de que há a tendência humana de escapar da forma ideal e penetrar na forma degenerada onde os políticos permanecem até que força exterior reagente determine a purificação do modelo.

É intuitivo que, ante a necessidade da escolha entre o social e o individual, quando não é possível preservá-los juntos, o homem tende a dar preferência ao individual.

12. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2. v. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p. 604-605.

13. MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio – Discorsi*, 3. ed. Atualizada. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1994. ps. 23/27.

Ocorre também o abuso das formas para procurar justificação aparente às opções, abuso este que possibilita a chegada de vícios como a corrupção, o democratismo, a tirania, a demagogia e a anarquia.

É nesse contexto histórico que se encontra a política brasileira.

Os partidos não são titulares de ideias e de programas. Repetem, em seus estatutos, conceitos universais mediante os quais não é possível identificar sua personalidade e autoria.

Os partidos, a rigor, devem levantar grandes questões e induzir seu debate. É evidente que não se descartam finalidades laterais, como as de preservar princípios e orientações da essência do Estado Democrático. Mas, o propósito direto do partido deve ser o levantamento e o debate das grandes causas do Estado e dos meios de resolvê-las.

Por intuitivo e geral sentimento, a superestrutura do Governo, no Brasil, é exagerada, incentiva o ócio, a promiscuidade e a evasão de soluções reais e duradouras. Estes fatos comprometem a eficácia do Estado que, em tese, resolve seus problemas com menor qualidade que a empresa privada. O peso da estrutura governamental diz respeito não só à Administração Pública como também ao Congresso Nacional, ao Judiciário e às funções essenciais à Justiça. Este problema fundamental esmaga as possibilidades viáveis para o futuro do Brasil. As projeções demonstram o acréscimo significativo dos custos e despesas em relação ao produto interno bruto e, mais do que isso, a tendência de o Estado ser sufocado por suas despesas de pessoal e de custeio, sem possibilidades de investimentos.

A segunda grande questão da atualidade brasileira é a especulação reinante nas atividades industriais, comerciais e de serviços. Dá-se o exemplo da desvalorização do câmbio como motivo justo e sério para a revisão dos valores praticados com os produtos importados. O aproveitamento indevido das catástrofes, epidemias e calamidades da natureza para a exacerbação dos preços. A redução da empresa próspera e a prática de lucros exorbitantes com a finalidade de manter resultados incompatíveis com a economia em declínio.

Terceira discussão existe quanto ao comprometimento da moeda nacional, que é fator para a segurança e a estabilidade econômica e social. Desenvolvem-se reflexões sobre a combinação da inflação com economia deprimida, a indexação dos preços aos efeitos inflacionários e a capacidade de pagamento em moeda indexada.

Os assuntos reportados justificariam aparecimento de três partidos satisfatórios, com retorno garantido para o desenvolvimento econômico e social do Brasil. Contraditoriamente revertem-se os partidos para questões prosaicas, escandalosas e de grande visibilidade. Para o jornalismo escandaloso. Mencione-se o empenho pelo combate ao racismo; a igualdade dos gêneros; a defesa da mulher contra os abusos domésticos. Além disso, propagam-se evocações à república, à Democracia social; ao povo; ao progresso; aos trabalhadores; à Democracia trabalhista; ao liberalismo; ao socialismo; ao comunismo e a outras instituições ou escolas que não dizem respeito diretamente ao Governo brasileiro, mas que constituem problemática da vocação universal.

Ocorre também divórcio entre os partidos políticos e seus adeptos. Com a redução do poder das convenções e a atribuição das deliberações à cúpula, ocorre tendência oligárquica, perda da aptidão para orientarem o povo e redução deste às linhas definidas pelos dirigentes, em detrimento do programa partidário.

Impõe-se a devolução dos partidos à estrutura e finalidades normais, assim como a participação dos filiados na fixação das diretrizes e decisões fundamentais e a exigência de programas bem estruturados, protegidos e aplicados.

A convocação frequente das convenções e sua participação na escolha dos candidatos são fundamentais à origem democrática do partido político. Já a prevalência de deliberações pelas cúpulas, entulho autoritário, direciona os partidos a funcionarem como oligarquias.

A eleição direta para a composição dos órgãos partidários é ingrediente substancial para a legitimação partidária

8.FINANCIAMENTO DA ATIVIDADE PARTIDÁRIA

O financiamento das campanhas eleitorais e dos Partidos políticos tem sido áreas para amplo debate.

Os Estados Unidos estabelecem limites às doações, por indivíduos, aos candidatos (US\$ 2,500.00 por pessoa) e aos comitês nacionais de Partidos políticos (US\$30,800.00 por pessoa). Empresas não podem doar a candidatos e a Partidos. A Suprema Corte, em decisão de 2010, reconheceu aos PACs (comitês de ação política) o direito de receber ajudas sem limite, de empresas ou de indivíduos, para defender e desenvolver teses em benefício de causas como as do aborto, porte de arma, afirmação de direitos das minorias.

As leis francesas permitem ao Estado que reembolse 47,5% das despesas de campanha, para prevenir-se contra os males do financiamento privado. São estabelecidos limites máximos para os gastos. Pessoas físicas podem doar até 4.600.00 euros aos candidatos e, anualmente, até 7.500,00 euros aos Partidos políticos. As campanhas dos deputados nacionais podem custar até 50.000,00 euros e, para a Presidência da República, 48,8 milhões de euros, no primeiro turno ou 22,5 milhões no segundo turno.

A realidade da Grã Bretanha oferece predominância ao financiamento privado das campanhas. Correspondem a 94% dos gastos, não havendo impedimento ou limites contra as empresas. O Partido Conservador depende dos doadores ricos, pessoas físicas ou corporações (big money) e o Partido Trabalhista é nutrido pelo dinheiro dos sindicatos. Foi reconhecido que os três maiores Partidos britânicos dependem de grandes doações de pequena parcela da população rica. Foi proposta a limitação das contribuições privadas em 10,000.00 libras esterlinas por doador, o que ocasionaria a perda da arrecadação de 29 milhões de libras.

No Brasil ocorre o concurso das pessoas físicas, das empresas e do dinheiro público para o financiamento eleitoral.

Há equívoco quando se fala em propaganda eleitoral gratuita. Em verdade, trata-se de propaganda paga pelo Governo, a preços elevados ou de tabela.

A falta de desembolso financeiro e a utilização de renúncias fiscais não eliminam o caráter oneroso, não gratuito da propaganda. A responsabilidade governamental pelo pagamento não converte em gratuita a propaganda.

Trata-se de propaganda paga e importa em despesas elevadas.

A emissão de sons e imagens, como comunicação social, é serviço público concedido pelo Estado.

A obrigação da propaganda eleitoral gratuita devia inerente à contrapartida da concessionária ao Estado. Contratos de concessão são destinados a prever, como obrigação da concessionária, a prestação gratuita do serviço ou, na alternativa mais conservadora, a preço de custo.

A forma de acesso dos Partidos às emissoras, sob os cuidados da Justiça Eleitoral, tem-se revelado prática democrática e justa, podendo ser mantida, porém reduzida à medida que se desenvolva a divulgação da campanha pela internet. Este novo hábito, de tendência equalizadora é salutar e encontra-se espontaneamente iniciado na “propaganda eleitoral gratuita” em que, neste ano de 2016, alguns candidatos, inteligentes e espertos, na falta de tempo maior, como o dos partidos grandes, valem-se do rádio e da televisão para fazer chamadas aos aplicativos lúdicos da internet.

O novo quadro que se desenha tornará mais justa a campanha e concederá ao eleitor condições mais agradáveis para dela participar. Sonho com eleitores fazendo política como coisa agradável com a utilização dos jogos do Pokemon.

Falta ao homem público modernizar-se, como o povo e, pela atualização de hábitos, chegar perto da coletividade política.

Quanto ao financiamento das campanhas eleitorais por empresas, eis aí ligação indesejável que desenha foco de corrupção no futuro quando se sabe que as principais financiadoras mantêm contratos com o Estado.

Essa ligação perigosa deve ser evitada.

Na tramitação dos inquéritos da Operação “Lava Jato” tem-se ouvido e visto sempre o argumento de que os financiamentos se fizeram regularmente porque foram submetidos à Justiça Eleitoral e foram por esta aprovados. Esta é a defesa maquiavélica dos financiadores irregulares.

Demonstra que o financiamento foi dentro dos limites permitidos, mas não limpa o dinheiro sujo, obtido do Estado, de forma indireta, dentro dos preços que paga aos fornecedores.

A reeleição enseja natural desequilíbrio no processo eleitoral a despeito das medidas que podem ser tomadas para contê-lo

A aprovação das contas partidárias ou de campanha, pela Justiça Eleitoral, não desempenha a função de sanar a corrupção que deu lastro ao dinheiro empregado.

A proibição dos financiamentos, por empresas, pode levar aos argumentos de sua inutilidade e de incentivo à ‘caixa 2’. Eis aí argumento “ad terrorem” ou que prova demais. Não será possível regular ou evitar a ‘caixa 2”.

Quando o Governo limita taxas de juros e o mercado não assimila a intervenção estatal, são pagos juros por fora e a política monetária não atinge objetivos.

A prática de “caixa 2” tem de ser tratada no domínio do Direito Penal e da ilicitude. É de difícil inibição quando afeta interesse empresarial. Mas, não pode servir de estorvo à prática das políticas públicas. Ao contrário, o Governo deve coibi-la e impedi-la sem se sentir intimidado.

Tão importante como a ocupação com o combate à “caixa 2” há de ser a defesa da integridade do patrimônio material e moral do Estado.

Posto o partido político como primeiro elo da trilogia política, vem depois dele o sistema eleitoral.

9. SISTEMAS ELEITORAIS. REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL (R. P.). ESCRUTÍNIO DE LISTA. DISTRITOS ELEITORAIS. SOLUÇÃO DEVIDA PARA O SISTEMA ELEITORAL.

Para a apuração da vontade geral, têm sido aplicados sistemas eleitorais.

A representação majoritária consiste em levantar o maior número relativo, absoluto ou qualificado de votos, na dependência do método prescrito. Atende ao princípio democrático da maioria, mas pode abrir discussão à falta de representação das minorias.

Admitido que a base eleitoral seja dividida em distritos, é possível que a minoria num distrito se compense como maioria em outro e participe da formação da vontade geral.

Há, contudo, ressalva de alguns pensadores que indicam a necessidade de participação das minorias em todas as divisões da base eleitoral.

A proporcionalidade é o método aritmético que inspira a igualdade. Esta constitui a principal base do Governo democrático.

A representação proporcional aperfeiçoa-se, na representação partidária, pelo escrutínio de lista, segundo o qual o voto é dado ao partido. Este organiza lista de candidatos e ordena-os para, segundo essa ordem, se considerarem eleitos e ocuparem as vagas que, de acordo com as normas eleitorais, forem destinadas ao partido.

A metodologia apresenta bons resultados quando existe organização partidária que signifique boa captação da vontade geral. Dentre os teóricos, existem os que atribuem aos partidos a qualidade de entes auxiliares do

Estado¹⁴ ¹⁵ ou pessoas jurídicas de direito público ¹⁶. Essa classificação é secundária em relação ao papel que lhes é atribuído. Fora de boa base partidária, o voto, pelo escrutínio de lista, é voto cego, emanado de pessoas isoladas não só dos candidatos como dos partidos.

No contexto da racionalização política, em que os partidos têm função aperfeiçoadora, o voto personalizado não atende, adequadamente, o direito à igualdade dos partidos quando se efetiva, ao pretexto de procurar decisão consciente, nos limites de distritos pequenos, dotados de vaga única ou de poucas vagas.

Estudos demonstram que o modelo distrital costuma se estabelecer no cenário da igualdade quando se adota o mínimo de cinco vagas por distrito. Até esse quantitativo persiste a predominância do partido, segundo cada vitória local, o que, em geral, não se aproxima do resultado proporcional e igualitário quando se levanta o resultado geral. Disso decorre a necessidade de correções como a criação de lugares excedentes e adicionais do sistema alemão¹⁷.

A representação proporcional tem sido criticada pelo fato de que os candidatos podem ser votados em base física de grande extensão, não assegurando comprometimento do candidato. Nela a corrupção torna-se oportunista tendo-se em consideração o volume de dinheiro que seus custos e despesas mais elevados acarretam.

14. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Diritto Costituzionale*, 10. ed. Nápoles: Carta Editrice Dott., Eugenio Jovene, 1974. p. 771.

15. ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. ps. 234/237.

16. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas: o estatuto constitucional dos partidos políticos no Brasil, na Itália, na Alemanha e na França*. Belo Horizonte, 1966. P. 71.

17. CINTRA, Antônio Octávio. *O sistema eleitoral alemão como modelo para a reforma do sistema eleitoral brasileiro*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Biblioteca. <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em 20/08/2016, às 10:45 h., horário de Brasília.

Em verdade, a dificuldade não está na forma da representação, mas no tamanho do distrito eleitoral. A rigor, a representação proporcional não afasta o distrito. É adotada, na realidade brasileira, em distritos correspondentes à divisão política da federação, distritos desiguais e amplos. A representação distrital tem a finalidade de encontrar regiões eleitorais menores e homogêneas, regiões paroquiais.

O voto distrital contém vantagens importantes: facilita relações diretas entre eleitor e candidato e permite ao representante concentrar-se na solução dos problemas de seu eleitorado. A fiscalização permanente reduz a atuação do poder econômico e o conhecimento mais apurado dos fatos acarreta que os eleitores não votem nos candidatos que não oferecem respostas afirmativas aos interesses gerais.

Contra o paradigma distrital, invoca-se a perpetuação de lideranças tradicionais, pelo apoio do Governo aos partidários locais ou pela concentração do abuso do poder econômico. Admite-se que os eleitos teriam possibilidades reduzidas na representação proporcional. Mas, não se descarta que partidos, isoladamente inviáveis, efetivem coligações para evitar a eleição do adversário comum por razões doutrinárias ou ideológicas.

Da necessidade de terem-se como relevantes os votos espriados surgiu a ideia de combinar-se a representação majoritária com a representação proporcional. Pare da representação decorrerá de maioria de votos no distrito e outra parte, da proporção dos votos que o partido tenha recebido no conjunto global dos votos válidos que forem apurados. Para preencher as vagas destinadas à representação proporcional, é o reconhecido ao candidato o direito de ser votado em toda base eleitoral e não somente no distrito. É uma consequência lógica de que a igualdade de oportunidades se apura segundo o desempenho partidário no conjunto de toda base eleitoral.

Eis aí o sistema distrital misto. Aparentemente, forma-se incongruência entre princípios. A introdução da representação proporcional derrota o ideal da representação política refinada, que é a definida pelo relacionamento direto do governante com o eleitor.

A Alemanha dispõe de 298 distritos eleitorais em 16 Estados federados (*Länder*). A população média de cada distrito eleitoral é de 250.000 pessoas.

Os Estados Unidos têm 435 distritos eleitorais, número equivalente ao das cadeiras da Câmara dos Representantes. A população média por distrito é de 635.000 habitantes.

Os Estados Unidos estipularam alternativa muito interessante;

1. as 435 cadeiras da Câmara dos Representantes foram atribuídas aos Estados federados na proporção de sua população;
2. os Estados federados são subdivididos em distritos eleitorais segundo duas regras constitucionais (Artigo I, Seção II): o número dos representantes não excederá de um por 30.000 pessoas, mas cada Estado terá no mínimo um representante;
3. na subdivisão não será possível discriminar raças ou minorias (*malapportionment* e *gerrymandering*);
4. cada distrito eleitoral elegerá um representante (sufrágio uninominal);
5. no Estado de Louisiana existe o segundo turno para os dois candidatos mais votados quando nenhum deles tiver conseguido maioria absoluta.

O Brasil dispõe de 220 milhões de habitantes e 513 deputados federais. Logo, a quantidade média de cada distrito é de 505.747 habitantes.

As regiões geográficas, em países extensos e populosos, como o Brasil, podem ter grande disparidade na concentração ou dispersão das pessoas e no tamanho da base física. Regiões homogêneas não constituirão regra.

Nesses casos, as virtudes da representação distrital reduzem-se.

A Constituição de 1988, em seu art. 25, § 3º, dispõe sobre as microrregiões constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes para integrar a

organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, definidas em lei complementar estadual.

A Fundação IBGE procedeu à subdivisão dos Estados federados com a finalidade de elaborar políticas públicas; subsidiar o sistema de decisões quanto à localização de atividades econômicas, sociais e tributárias; subsidiar o planejamento, estudos e identificação das estruturas espaciais de regiões metropolitanas e outras formas de aglomerações urbanas e rurais¹⁸. São 558 microrregiões.

O método científico e insuspeito da Fundação IBGE, não construído para finalidade eleitoral, requereria a seguinte quantidade de lugares para a Câmara dos Deputados, conforme a quantidade de lugares a serem preenchidos por distrito:

LUGAR (ES) POR DISTRITO	MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
1	558
2	1116
3	1674
4	2232
5	2790

A partir desse levantamento, chegar-se-ia a uma câmara numerosa e irreal para que a representação distrital crivasse a igualdade, pelo que foi exposto anteriormente de encontrar-se proporcionalidade quando o distrito dispõe de cinco lugares.

Admitidas como bem estudadas essas divisões internas e que suas finalidades são próximas às dos distritos eleitorais, examinem-se, aleatoriamente, a situação de microrregiões em três Estados brasileiros.

18. FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/geografia/default_div_int.shtm?c=1

Alagoas – 3.322.000 habitantes – 27.768 km² – 119,63 h/km²

Microrregião	Habitantes	Área (km ²)	Densidade demográfica (h/km ²)
Alagoana do Sertão	79.632	1.203	66,19
Maceió	1.140.682	1.140	629,97
Serrana dos Quilombos	146.573	1.801	81,38

Amazonas – 3.938.000 habitantes – 1.571.000 km² – 2,50 h/km²

Microrregião	Habitantes	Área (km ²)	Densidade demográfica (h/km ²)
Alto Solimões	242.000	213.281	1,13
Madeira	185.281	221.036	0,32
Manaus	2.327.732	41.243	56,43

São Paulo – 44.040.000 habitantes - 248.209 km² - 1.774,31 h/km²

Microrregião	Habitantes	Área (km ²)	Densidade demográfica (h/km ²)
Fernandópolis	104.623	2.811	37,21
Piracicaba	595.583	3.790	145,8
São Paulo	13.804.831	2.350	5.874

A população do Brasil, em 2014, foi calculada em 202 768 562 habitantes localizados na área de 8 515 767,049 km², resultando em uma densidade demográfica de 23,8 h/km² (habitantes por quilômetro quadrado).

Aplicado o número dos habitantes sobre a quantidade total das cadeiras da Câmara dos Deputados, o quociente que se apura é de 395.260 habitantes.

Admitida a fórmula mista e paritária, no qual há duas vagas a serem providas – uma pela representação majoritária e outra pela representação proporcional, cada distrito abrigará 790.000 habitantes.

A microrregião denominada Alagoana Sertão do São Francisco terá de ser multiplicada por dez e na microrregião de Maceió caberão dois distritos eleitorais. Em todo o Estado de Alagoas serão quatro distritos eleitorais.

A microrregião denominada Alto Solimões terá de ser multiplicada por três e a microrregião do Madeira, por quatro, para perfazerem um distrito eleitoral. A microrregião de Manaus terá três distritos eleitorais.

Em São Paulo, a microrregião de Fernandópolis fará distrito eleitoral quando for multiplicada por sete; a microrregião de Piracicaba comportará um distrito eleitoral e a microrregião da cidade de São Paulo terá dezessete distritos eleitorais.

Está evidenciado que não coincide com o propósito do distrito eleitoral que se adotem regiões extensas e com baixa densidade demográfica. Estaria anulado o fim da representação majoritária e distrital.

A subdivisão dos Estados federados em distritos com 790.000 habitantes (ou de 395.000, em caso de distrito com uma só vaga) será critério aleatório por nem sempre revelar método cômodo de fracionamento em comunidades dotadas de questões sociais e econômicas comuns. Poderá implicar falta de reconhecimento de desavenças históricas e culturais, fomentar novos conflitos e desavenças.

Para evitar assimetria e inconsistência, consegue-se alternativa que é comum de todos os Estados e regiões. As cidades-polos são, geralmente, eixos de irradiação das questões políticas e sociais. As leis dão-lhes tratamento mais cuidadoso e apurado, por sua reconhecida influência nas regiões que lideram. Toma-se como padrão de cidade-polo seu eleitorado igual ou superior a duzentos mil eleitores. A Constituição (art. 29, II, parte final) já lhes proporciona tratamento diferenciado quando dispõe sobre a eleição de seus prefeitos, exigindo que se faça por maioria absoluta de votos, conforme o art. 77.

Partindo desse assento constitucional, coloca-se a possibilidade de os municípios-polos, de duzentos mil ou mais eleitores, elegerem deputados distritais, efetuando-se subdivisões municipais que correspondam a cada parcela de duzentos mil eleitores. Pelas divulgações do Tribunal Superior Eleitoral, o Brasil tem 92 municípios que estão aptos para realizar eleições de segundo turno para prefeito.

Considerando-se os conjuntos de duzentos mil eleitores que se acham espalhados nessas cidades-polos, além do primeiro conjunto, ter-se-ão mais cento e quarenta e três, perfazendo 235 conjuntos de duzentos mil eleitores. Estes conjuntos podem originar distritos eleitorais do município-polo ou tantos lugares destinados a candidatos majoritários quantos forem os conjuntos encontrados no município-polo.

A segunda alternativa foi praticada durante o regime Meiji (1889/1912), no Japão. Baseada em distritos denominados *médios*, que elegem de três a cinco deputados. Segundo o professor Tadakasu Fukase, da Universidade de Okkaido, tratava-se de variedade de representação minoritária, fácil de ser compreendida e que permitia aos eleitores escolher o candidato do ponto de vista político e pessoal ¹⁹.

Como são 513 as cadeiras de deputado federal, a metade desse total corresponde a 256 cadeiras. Serão reservadas 235 cadeiras para atender aos municípios-polos e 256 cadeiras para a representação proporcional. As vinte e duas cadeiras que sobram atenderão ao Distrito Federal e ao Território de Fernando de Noronha bem como formam reserva que será progressivamente absorvida pela evolução demográfica das cidades-polos.

Quando essa evolução tiver ocupado a reserva, será efetivada a imputação de lugares destinados à representação proporcional para atender aos acréscimos demandados pela representação majoritária do sistema distrital.

19. TADAKASU FUKASE, "La recente évolution du régime parlementaire japonais", in *Revue de Droit Public et de la Science Politique em France et à l'étranger*", mai-juin 1969, nº 3, ps. 429-430. In DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit. ps 193/194.

Absorvida a metade das vagas destinadas à eleição proporcional, poderá ser discutida a conversão dos municípios-polos em núcleos de regiões eleitorais para inclusão de municípios sufragâneos no sistema distrital do respectivo município-polo, com a revisão da divisão distrital, da população dos distritos ou da quantidade das cadeiras da Câmara dos Deputados.

Encerra-se aí experimentação progressiva do modelo distrital.

Será o sistema em que, a partir dos municípios-polos, abre-se a experiência para as vantagens do modelo distrital, partindo-se de plano consistente e unívoco para todas as regiões do País.

A evolução demográfica possibilitará duas alternativas a serem cumpridas: aumento da exigência de quantitativo demográfico para se formar um distrito ou um conjunto gerador de lugar de candidato para o distrito ou aumento dos lugares destinados à Câmara dos Deputados. É também admissível a conjugação de ambos os critérios.

Para se compreender melhor as vantagens do sistema distrital será preciso levar-se em consideração a extensão das áreas uniformes, a densidade demográfica e a tradição política.

É intuitivo saber que não haverá apetite aos órgãos deliberativos, diretamente interessados na reforma política, para:

1. redução de suas possibilidades de voto, ante a limitação de seu eleitorado pelo distrito eleitoral;
2. concentração e aumento de esforços em prováveis distritos com clássica divisão binária de alternativas segundo a qual, em cada eleição, haveria um vencedor e um vencido enquanto que o sistema proporcional oferece possibilidade de convivência salutar de adversários na militância.

Distintamente do que acontece, no caso do preenchimento dos mandatos eletivos do Poder Executivo, em que a unidade de comando

faz-se indispensável, as eleições legislativas ensejam teor mais expressivo de legitimidade ao poder porque oferecem a participação dos contrários, a divergência e a oposição, que são elementos tônicos do ambiente democrático.

Logo, deverão ser tomadas medidas compensatórias para a redução dos gastos da campanha eleitoral, no sistema proporcional, mediante o oferecimento de meios gratuitos de comunicação, acessíveis a todos, valendo como principal instrumento a valorização da *internet*.

O intuito da difusão de votos, em toda a base estadual, é inerente a grupos de pressão de natureza religiosa, classista, ideológica e há de ser sustentada pelo trabalho ativo dessas organizações e não pela transferência de seus encargos para os partidos políticos.

10. MANDATO, ELEIÇÃO E REELEIÇÃO

Tem sido colocado, pela doutrina política que, nos Estados Unidos, o Presidente da República, com mandato de quatro anos, é, de fato, eleito para oito anos. Somente alguma catástrofe, calamidade ou grande incompetência do Presidente inibirá sua reeleição, tal é a força e a visibilidade com que se apresenta relativamente a seus competidores.

A reeleição, no Brasil, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997, que alterou o art. 17, § 5º, da Constituição.

Não existiram razões que justificaram a modificação, que é atribuída ao projeto de poder do então Presidente da República, por ter sido tomada, com o apoio do Governo, na metade do terceiro ano do mandato em curso.

Há notória e pública suspeita de corrupção na compra de votos necessários à aprovação da Emenda Constitucional.

O Brasil tem variado bastante no tamanho do mandato dos Presidentes: oscilam dos quatro, cinco aos seis anos. Existiram casos de ampliação de

mandatos em curso ou imediatos. Os argumentos não faltaram. Não foram convincentes. Serviram para ocultar projetos pessoais ou vontade política da base de apoio, quando suficiente, de prolongar o status quo.

A moralidade pública e a experiência política do Brasil, nos últimos decênios, não favorecem a reeleição. Não existe cenário favorável a que o Presidente da República compareça como candidato e tenha disputa justa com candidatos viáveis, mas desprovidos da máquina do Estado que, apesar de toda a vigilância e da constante repressão, é indevidamente usada para benefício eleitoral.

Na cultura brasileira, de corrupção epidêmica, é impossível pensar-se que o titular do mandato político não se prevaleça deste para obter favorecimento ilícito. Irá variar o tamanho da corrupção até que se construa, pela educação e em longo prazo, a cultura de amor à Pátria, à bandeira, de colocação do interesse público sobre o particular.

O afastamento do titular do mandato eletivo do Poder Executivo, seis ou nove meses antes da eleição, não superaria o problema, pois a força política desse mandato tem efeito irradiante por tempo maior que esse. Afinal, o sucessor, geralmente, é pessoa do mesmo partido, que irá substituir o candidato no interesse deste. Caso se trate de adversário político a consequência será semelhante, pois a investidura interina servirá ao candidato da oposição.

A reeleição tem possibilitado muito desassossego ao Presidente, desde o terceiro ano do mandato, quando é transformado de Presidente de todos e de Líder do Estado em adversário eleitoral até para os correligionários em condições de sucedê-lo. Gera-se dois anos de desentendimentos políticos e de colocação dos interesses coletivos abaixo dos interesses imediatos ditados pela eleição. Esses interesses muitas vezes são distantes e conflituosos.

A preparação para o Governo não deve se efetivar no exercício do poder com vista à disputa da segunda eleição. Além de desperdiçar bom tempo do mandato, provoca desgoverno e desorientação, pois intensos serviços de Governo e de campanha eleitoral são desenvolvidos simultaneamente.

Impõe-se a necessidade de preparo antecipado, com a formulação e apresentação do plano de Governo, como se esclareceu antes, para que possa ser cumprido desde o primeiro dia do mandato.

A deficiência não está na duração do mandato, mas na falta de preparo e de planejamento. Este conserto se fará com a reestruturação dos Partidos políticos.

Mandatos de quatro ou cinco anos são igualmente suficientes para que o Presidente da República cumpra seus compromissos. Caso não os honre, a forte capacidade de permanência do Presidente será superada democraticamente com eleições em menor prazo. Com o instituto da reeleição, verifica-se que esta se coloca tão provável que se abre espaço para abusos e que a correção dos desmandos efetiva-se por processo traumático, como o do impeachment.

Não existem razões plausíveis para retirar a possibilidade de reeleição aos legisladores. Não ocorrem aí as razões nefastas da continuidade e da falta de temporalidade que costumam degenerar os administradores. A presença no cenário da divergência política, que é o ambiente parlamentar, é suficiente corretivo para desvios. Os projetos legislativos requerem fôlego e exigem que seus arautos tenham presença longa, se não permanente, para os conferirem e aperfeiçoá-los.

Senadores, senhores conspícuos destinados a abrandar as paixões dos representantes e zelar pelo equilíbrio federativo, são pessoas geralmente dotadas de passado garantidor e de aptidão para decisões de boa qualidade revisional. Justo será que tenham maior estabilidade para cumprirem bem sua missão retificadora e não serem molestados em decorrência de suas intervenções retificadoras, porém necessárias. A maior permanência, em mandato de oito anos, é compatível com os encargos senatoriais e com as ações públicas dos Estados federados.

Questão preocupante da eleição senatorial é a dos dois suplentes que acompanham cada senador. Geralmente, são pessoas ricas, recrutadas sem

critério político para financiarem a campanha. Ou são elementos auxiliares do candidato que, presumivelmente, não o incomodarão no desempenho do mandato. Em situação lamentável de falecimento ou de impedimento definitivo do titular, tornam-se senadores vazios, mas com prerrogativas idênticas às daqueles que obtiveram expressiva votação e representatividade em seus Estados de origem.

Sugere-se que não haja suplentes, que estes tenham requisitos mínimos de passado político para serem votados ou que se considerem suplentes aqueles que seguirem ao eleito, na ordem decrescente da votação, como acontece na eleição do tipo proporcional.

A falta de suplente significará falta de solução se outra não for dada. A exigência de requisitos mínimos contrasta-se com a eleição para mandatos igualmente importantes, ou até mais importante, como é o de Presidente da República, em que não se pratica o pré-requisito. A colocação dessa limitação gerará sempre exceções a resolver e outros inconvenientes pontuais. Também não é saudável a transposição da regra destinada à suplência das eleições para mandatos legislativos. Nestes casos, há uma sequência natural em relação à legenda. No caso da eleição segundo o sistema majoritário a consequência será outra. O candidato derrotado e de outro Partido tornar-se-á Senador. Não é solução plausível.

Para superar a dificuldade do modelo atual da eleição de Senador imagina-se, como solução, para casos de vaga ou de impedimento definitivo e quando um desses fatos ocorra, a mais de um ano do início do mandato seguinte, que a eleição suplementar se efetive pela Assembleia Legislativa do Estado a ser representado, com nomeação pelo Governador. Para que o Governador participe do processo, a Assembleia poderá indicar-lhe três nomes. Ou, abstraída a inclusão do Governador, o Legislativo do Estado fará a eleição de uma só pessoa. Poderiam ser mantidos os suplentes para substituições temporárias. Também se faria eleição, dessa forma, para aqueles casos em que o candidato se afaste do cargo para o desempenho de outras funções, como as de Ministro de Estado, desde que o máximo previsível do

afastamento, por este motivo, possa ser superior a um ano anterior ao início do mandato seguinte.

A eleição indireta poderia ser questionada do ponto de vista da exigência do voto direto, como regra para o exercício da soberania popular (art. 14 da Constituição), mas é possível lembrar-se que a estrutura constitucional admite para situações excepcionais, como no caso do Presidente da República (Constituição, art. 81, § 1º). A interpretação segundo a qual a exceção seria unicamente a expressamente consentida pela Constituição seria literal e fugiria do espírito da norma fundamental que também resolve exceções.

A vantagem da eleição pela Assembleia Legislativa com participação do Governador, ou sem esta, explica-se pelo fato de o Senado ser a Câmara dos Estados, na sistemática bicameral. Neste caso, a eleição indireta atualizaria a vontade do Estado, embora não se trate esta consequência como finalidade do procedimento.

A coincidência das eleições tem sido matéria recorrente à indagação dos estudiosos. Em favor da coincidência estão a economia da despesa pública com eleições bienais e a possibilidade de alinhamento das ideias e programas dominantes nas três esferas da Federação. As eleições bienais possibilitam a articulação mais frequente da opinião pública, dando a cada eleição a condição preparatória à que lhe segue. Eleições bienais proporcionam melhor aproveitamento da Justiça Eleitoral.

Esses diferentes argumentos não são de impressionar. O mais importante deles é o que diz respeito à economia na despesa pública que não se obtém satisfatoriamente uma vez que a supressão da eleição piora a qualidade dos gastos com a Justiça Eleitoral. Trata-se de assunto a merecer estudos aprofundados, incluindo aquele de se verificar se a educação cívica operada por eleições mais frequentes justifica o seu custo.

Outro aspecto a considerar é o da coincidência parcial. A manter eleições bienais será mais indicado que exista coincidência parcial das eleições municipais e estaduais, de um lado, e eleição solteira para os

mandatos da União, em oportunidade sucessiva. Este método – diferente daquele que se pratica atualmente – enseja que os titulares de mandatos municipais e estaduais, decorrentes de eleição ainda próxima, possam influir, construtivamente, no preenchimento dos mandatos federais.

11. DATA DA POSSE DOS ELEITOS

A Constituição de 1988 fez coincidir o primeiro dia do mandato com o início do exercício financeiro do Estado e do ano civil. Ocorreu aí o equívoco da renúncia ao cerimonial que a data requer.

No Ocidente, as pessoas não trabalham no primeiro de janeiro – Dia da Confraternização Universal - e dão continuidade ou término solene às festas do fim do ano.

Os dignitários estrangeiros, em nível de chefe de Estado, que frequentavam, tradicionalmente, a cerimônia da posse, passaram a estar ausentes. As autoridades de primeiro escalão, quando comparecem, passam por desgastes e incômodos.

Personalidades nacionais do Brasil, quando estão presentes, são sacrificadas e cumprem ritual absolutamente distinto da efeméride do dia. Este passa a ter duas faces: de manhã é o rescaldo das confraternizações, horas de ressaca ou de danças. A parte da tarde arrasta políticos de todas as regiões do País, com riscos do tráfego aéreo e inevitáveis incidentes.

No dia de posse do Presidente da República, os governadores de seu Partido são obrigados a promover suas posses, em apertadas cerimônias matutinas e delas partem com destino a Brasília. Não existem, nesses casos, justas celebrações provinciais.

No passado, encontrou-se posse em 15 de novembro (Constituição de 1891, art. 40 e § 4º). A eleição, naquele tempo, começava no dia 1º de março e poderia ocorrer o segundo turno em maio. Logo, o Presidente era conhecido

seis meses antes da posse. A duração do mandato variou entre os quatro e seis anos bem como sua forma direta ou indireta. Na Constituição de 1946, a posse ocorria em 31 de janeiro, junto com os membros do Congresso Nacional. A Constituição de 1967 fixou a posse no dia 15 de março.

O argumento de que 1º de janeiro é a data do começo do exercício financeiro e serve para dividir bem as responsabilidades políticas, administrativas, orçamentárias e financeiras, é do menor esforço. Os métodos de controle são muito aperfeiçoados. Os riscos de dois Presidentes repartirem entre si o exercício financeiro são inimagináveis para administração baseada em normas e orçamentos.

Qualquer data, dentre aquelas que serviram, no passado, à posse dos Presidentes, é viável e mais adequada que a de 1º de janeiro.

A alternativa da primeira Constituição, com eleição em março, segundo turno em maio e posse em 15 de novembro, é positiva porque permite processo eleitoral sem atropelos; tempo hábil de transição e de preparação do Governo durante seis meses. A investidura é solenizada em tempo que permite ao Presidente participação ampla do primeiro orçamento financeiro do mandato. A única desvantagem desse método é de possibilitar a convivência de dois Presidentes, fato que é superado por comportamentos políticos dentro da liturgia da sucessão.

Recomenda-se evitar que, em caso de coincidência de eleições, as posses se realizem em uma só data. A posse dos Governadores, nesse caso, precederá a do Presidente da República para que este tenha direito à homenagem de todos os Estados com a presença de dirigentes que começam e, não, que terminam o mandato.

A terceira fase da trilogia política consiste no aproveitamento e aplicação dos partidos políticos e dos sistemas eleitorais para o exercício do poder. Trata-se dos regimes de governo.

12. REGIME DE GOVERNO

*Raul Machado Horta*²⁰ acompanhou a evolução do regime presidencial brasileiro, tendo passado pela ditadura presidencial e encontrado o esgotamento do regime. Analisou que, na Constituição de 1891, o Presidente dos Estados Unidos do Brasil passou a exercer o Poder Executivo, como Chefe eletivo e supremo da Nação (art. 37). Mencionou a doutrina de *Campos Salles*, segundo a qual não se concebe a possibilidade de decisões colegiadas, uma vez que o preceito substancial da Constituição concentrava a responsabilidade legal na pessoa do Presidente.

Machado Horta faz alusão às crises do presidencialismo, desde a Primeira República. Nesta ocorreu forte intervenção na autonomia dos Estados e prolongados Estados de sítio, com sacrifício dos direitos individuais e das instituições republicanas. A Segunda República preparou o Estado unitário da Terceira República de 1937. A Constituição de 1946 foi inspirada pela redemocratização, conferiu normalidade ao regime da Quarta República, porém foi comprometida pela ambição demagógica que desencadeou as soluções anormais da Quinta República, instalada em 1967, depois da passagem pela transição anômala dos Atos Institucionais que se sobrepuseram às normas constitucionais.

A Constituição de 1988 reconstruiu, sobre bases precárias em que se dividiram as tendências democráticas, o cenário da abertura política, mas o regime presidencial voltou a ficar comprometido por ambiente oligárquico-demagógico, no qual o interesse individual e, especialmente, dos grupos, política e economicamente dominantes, conduziram à degeneração, que levou o Brasil a uma situação de penúria econômica, financeira e social.

Machado Horta, ausente desta última fase, levantou, detidamente, os nomes e os títulos de políticos ilustres que, diante da insatisfação com o

20. HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. ps. 681-687.

funcionamento do regime presidencial e à convicção de que nesse regime as crises políticas sempre conduzem a soluções extraconstitucionais, propuseram o regime parlamentar.

O Anteprojeto de Constituição, resultante do trabalho das Comissões Temáticas e da Comissão de Sistematização bem como os substitutivos posteriores, de que se originou a Constituição de 1988, optaram pelo regime parlamentar de governo. Entretanto, o Presidente da República foi mantido com expressiva quantidade de atribuições, próprias do regime presidencial, com o acréscimo daquelas inerentes ao Chefe de Estado no regime parlamentar.

O Instituto dos Advogados de Minas Gerais criou Comissão de Estudos Constitucionais para apresentar contribuições à Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte. Liderada pelo Prof. Raul Machado Horta, a Comissão dedicou-se a 39 horas de reunião sobre a matéria, tendo divulgado pequeno livro contendo suas conclusões²¹. Entre estas, por deliberação de sete votos a quatro, referendou o regime parlamentar de governo. Embora não tenha produzido consenso a respeito do tema – o que conseguiu em oito assuntos – a Comissão perfez ampla margem de vantagem para o regime parlamentar. Reclamou maiores poderes para o Primeiro Ministro e mencionou estar o Projeto impregnado das regras dominantes no regime presidencial, como era o caso da preservação das atribuições monocráticas do Presidente da República.

Com o fortalecimento dos poderes do Presidente da República, foi natural que o texto definitivo contivesse sua eleição direta, segundo o modelo francês e fora dos paradigmas clássicos. Mantidas as atribuições e até fortalecidas as atribuições do Presidente, a Assembleia Constituinte, no texto final, não teve alternativa. Consagrou o regime presidencial e o enunciou quando atribuiu ao Presidente da República exercer o Poder Executivo e situou os Ministros como auxiliares do Presidente.

21. Instituto dos Advogados de Minas Gerais. *Pronunciamento do Instituto sobre o projeto de Constituição*. Belo Horizonte, 1988. 46 p.

Chamado, duas vezes, a uma opção, o povo brasileiro firmou-se pelo regime presidencial. Em de janeiro de 1963, com contingente eleitoral de 11 milhões de pessoas, o povo brasileiro sustentou a volta do regime presidencial, por 9.457.448 votos contra 2.073.582, favoráveis ao regime parlamentar.

Naquele caso consultava-se sobre a devolução, ou não, ao Presidente João Goulart, dos poderes que havia recebido, na eleição de 1960 e que foram alterados por imposição que lhe foi aplicada pela Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, denominada Ato Adicional.

Na consulta popular de 21 de abril de 1993, efetivada para cumprir mandamento da Constituição de 1988, o povo atribuiu 55% dos votos ao regime presidencial de governo e 25% ao regime parlamentar.

Há, portanto, duas decisões plebiscitárias sobre o assunto em cinquenta e três anos.

O regime de governo não é posto, pela Constituição, como tema expressamente imune à emenda constitucional. Em tese, esta poderá alterá-lo. Mas, não se concebe, politicamente, que se faça a proposta sem que tal iniciativa seja desrespeito à vontade popular.

Para que o povo seja ouvido pela terceira vez, a estabilidade política reclama que existam fatos supervenientes que justifiquem a ouvida do povo.

A organização partidária e a boa qualidade do sistema eleitoral são pressupostos de qualquer regime de governo no direito contemporâneo. Não se admitem regimes sem a racionalização do poder. O Governo representativo não é aprisionado por forma inflexível organização do poder. Portanto, será possível concluir-se por regimes aperfeiçoados, como os que têm sido praticados, que, rigorosamente, não conservam as características dos paradigmas.

As deformações do regime presidencial, no Brasil, são abundantemente conhecidas. Não se sugere que, pela existência delas, em vez de aperfeiçoar, se parta logo para a mudança radical.

Será temerária a consulta sem que estejam disponibilizadas condições para se avaliar o melhor dos regimes nas condições mais favoráveis que as circunstâncias puderem oferecer. Em outras palavras, a consulta popular não prescinde de que o povo possa responder sobre fatos reais e não sobre ideias.

As condições efetivas a que se refere são partidos bem organizados e representativos e sistema eleitoral idôneo.

O regime presidencial, no multipartidarismo, não funciona bem. O Presidente torna-se refém das composições partidárias para a solução de assuntos pontuais e o ministério flutuante encerra descontinuidade. Já no bipartidarismo, existe oposição responsável e construtiva, transmitindo a impressão de estar apta para assumir o Governo nas eleições que seguirem.

Quando falta a base parlamentar, o Governo presidencial sofre abalo e ruptura que ocasionam o uso anômalo do *impeachment*, que é traumático para o Governo democrático.

Já o regime parlamentar, decorre do aperfeiçoamento dos partidos políticos e da racionalização do poder que deixa de ser fruto da vontade pessoal e passa a ser instrumento de ideias e programas.

Crises políticas têm ocorrido no Brasil por falta de definição da identidade do regime de governo e por previsão de tipos criminais abertos. Também se discute bastante sobre a natureza do julgamento em ambos os regimes. No caso do regime parlamentar, o voto de desconfiança ou de censura é certamente julgamento político. O Governo é eleito para servir enquanto durar a confiança do Parlamento. Já no regime presidencial, não há espaço para julgamento político. O que há de político, nesse caso, é o órgão julgador e a sanção aplicável. A infração política há de ser conduzida, segundo a Constituição, no devido processo legal, substancial e formal, sendo dominantes as garantias criminais e processuais que servem ao julgamento de qualquer tipo de processo.

A viabilidade da coexistência do impeachment com a falta da suspensão ou perda dos direitos políticos parece existir. Trata-se de julgamentos

autônomos em que se pergunta ao julgador sobre o teor de gravidade do crime. Se é tão grave que justifica a limitação do exercício dos direitos políticos, trata-se de uma inibição que o Estado pode impor. Quando há convicção de que os sofrimentos impostos a determinada pessoa possam ser compensados reduzidos ou eliminados, o Estado

13. CONCLUSÕES

- I. A organização da Democracia possível, no Estado contemporâneo, efetiva-se mediante Governo representativo, uma vez que, em estados de territórios extensos e populações densas, é inimaginável o ideal da Democracia com Governo direto. Para que se efetive o Governo representativo é preciso que se estruture e construa a trilogia política formada por sólida relação tripartidária dos Partidos Políticos com o Sistema Eleitoral e o Regime de Governo.
- II. Dentre as modalidades conhecidas para o Governo representativo, a que se apoia em Partidos políticos torna-se compatível com o nível de civilização e de politização do mundo atual.
- III. Logo, a legislação partidária é básica para a organização do Governo representativo e há de ser trabalhada com enfoque no regime de governo que se pretende adotar.
- IV. O modelo bipartidário, que não exclui Partidos menores, é ideal para qualquer regime de governo que se pretenda.
- V. O sistema eleitoral não é forma rígida para a comunicação entre os Partidos e o Governo. Qualquer sistema possui vantagens e inconvenientes, porém se aceitam parcialmente, podendo ser aplicado em combinação pela qual se valorize a igualdade, conseguida pela representação proporcional e o voto consciente, próprio do distrito mínimo.

- VI. O regime de parlamentar de governo é a alternativa ideal para se obterem decisões trabalhadas com a participação permanente da representação de todo o povo, mas o regime presidencial é o que oferece mais eficiência quando o Presidente da República é fortalecido para não depender do Congresso em assuntos da rotina do Governo. São regimes igualmente vantajosos quando ficam bem definidos.
- VII. A propaganda eleitoral é o instrumento mais válido que existe para a conscientização do povo e tem o sistema mundial de computadores (*internet*) como veículo ideal para seu funcionamento, em situação de liberdade e de igualdade. Os Governos e os tribunais devem abster-se de interferir na propaganda eleitoral. A *internet* exclui a necessidade de medidas compensatórias e compulsórias, como a chamada “propaganda gratuita” e reduz a antiquada artilharia pesada da Justiça Eleitoral. A modernização dos homens públicos e candidatos é essencial para que se aproximem do povo e recebam deste os impulsos necessários ao Governo democrático. Instrumentos lúdicos e agradáveis, como os jogos do *Pokémon*, facilitam a interlocução frequente, tão necessária, entre povo, candidatos e governantes.
- VIII. O financiamento empresarial da campanha política compromete a igualdade e a impessoalidade que devem estar presentes na Administração Pública. A participação financeira das pessoas físicas é considerada forma de vitalizar a Democracia e afirmar publicamente a opção partidária.
- IX. A reeleição é um mal congênito porque coloca o Presidente da República na condição de candidato, desde o primeiro dia de Governo. Por isso, a eficiência da administração é reduzida e o perigo da corrupção aumenta.
- X. Jamais seria possível imaginar que poderiam colocar a posse do Presidente do Brasil no dia primeiro de janeiro. Qualquer das três

experiências anteriores são mais adequadas.

XI. Três crises minam o Brasil e demandam soluções imediatas:

1. O excesso da intervenção no domínio econômico e social sem a contrapartida dos meios necessário constitui sobrecarga injusta do Estado e resolve-se com a descaracterização de serviços públicos mal classificados ou com sua transferência para o setor privado.
2. A previsão, instituição e repartição da legislação e da tributação não correspondem aos custos e despesas necessários ao custeio dos serviços e benefícios consagrados pela Constituição.
3. O regime presidencial da Constituição de 1988 é remendo equivalente à “meia sola” do modelo parlamentar que pretendeu, com os seguintes defeitos aparentes e reais:

3.1. É adotado sistema pluripartidário em que a falta da maioria parlamentar descamba na paralisia e descontinuidade do Governo, no encerramento antecipado do mandato político e comprometimento da estabilidade institucional do Estado;

3.2. O uso da Medida Provisória, sem respaldo parlamentar, constitui grave ameaça e fonte de corrupção;

3.3. A pauta limitada da legislação, pelo Presidente, coloca-o refém das oscilações do Legislativo e da opinião pública, constituindo entrave mais prejudicial do que a necessidade da maioria parlamentar e o risco da moção de censura ou de desconfiança do regime parlamentar.

14. BIBLIOGRAFIA

AZAMBUJA, Darcy, *Teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Editora Globo, 18. ed. , 1979. ps. 281/285.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2. v. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Diritto Costituzionale*, 10. ed. Nápoles: Carta Editrice Dott., Eugene Jovene, 1974.

CINTRA, Antônio Octávio. *O sistema eleitoral alemão como modelo para a reforma do sistema eleitoral brasileiro*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Biblioteca. <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em 20/08/2016, às 10:45 h., horário de Brasília.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, 20. ed., atualizada. . São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas: o estatuto constitucional dos partidos políticos no Brasil, na Itália, na Alemanha e na França*. Belo Horizonte, 1966.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Seminário sobre reformas constitucionais. Comissão de estudos constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Minas Gerais e Escola de Advocacia da OAB/MG. Belo Horizonte, 1996.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/geografia/default_div_int.shtm?c=1

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Instituto dos Advogados de Minas Gerais. *Pronunciamento do Instituto sobre o projeto de Constituição*. Belo Horizonte, 1988.

Instituto dos Advogados de Minas Gerais. *Pronunciamento do Instituto sobre o projeto de Constituição*. Belo Horizonte, 1988.

KELSEN, Hans. *A Democracia*, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LIPPMANN, Walter. *A reconstrução da sociedade*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1961. p. 307. TARDE, Gabriel. *A opinião e as massas*, 2, ed.,. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução: Eduardo Brandão. Revisão de tradução: Paulo Neves.

MANOILESCU, Mihail. Rio de Janeiro: J. Olimpio, 1938, 292 p. *O século do corporativismo: doutrina do corporativismo integral e puro*, tradução de Azevedo Amaral.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio – Discorsi*, 3. ed. Atualizada. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1994.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, Segunda Parte, Livro Décimo Primeiro, VI. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2. ed., 2. tiragem, 2000.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

ROUSSEAU, Jean- Jacques. *Du contrat social*, Livre III, Chap. IV, De la démocratie. Genève: Archives de Jean -Jacques Rousseau. https://www.ucc.ie/archive/hdsp/Literature_collection/Rousseau_contrat_fr.pdf, acesso em 19/08/2016 às 10:30 h, horário de Brasília.

TADAKASU FUKASE, “La recente évolution du régime parlementaire japonais”, in *Revue de Droit Public et de la Science Politique em France et à l'étranger*”, mai-juin 1969, n° 3, os. 429/430. In DALLARI, Dalmo de Abreu.

Washington's Farewell Address 1796. http://avalon.law.yale.edu/18th_century/washing

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: PROBLEMAS E REFLEXÕES

FERNANDO ARMANDO RIBEIRO

Pós-doutorado pela Universidade de Berkeley (EUA – bolsista da Fulbright).
Doutor em Direito pela UFMG. Professor da PUC-Minas. Juiz Civil do TJMMG.

1. INTRODUÇÃO

O estudo que ora apresentamos é fruto de um conjunto de reflexões que temos tido oportunidade de desenvolver em nossa Universidade, tendo como fio condutor os problemas e paradoxos da Democracia. Numa era em que o Estado Democrático de Direito converte-se em verdadeiro epicentro das reflexões jurídicas, e em que a Democracia torna-se pressuposto praticamente inquestionável de todos os elementos e institutos do Direito, faz-se imperiosa uma reflexão que busque resgatar o caráter potencialmente conflitivo que marca muitos dos elementos conformadores do ideário democrático.

Construída sob o ideário rousseauiano-kantiano da autonomia política, a democracia moderna fez-se caracterizar por uma fórmula de transferência ou delegação de poder que tornasse possível manter a idéia de governo de todos compatível com a realidade complexa e multifacetária da sociedade de massas. Todavia, a introjeção do elemento representação não se faz livre de dúvidas e polêmicas, e o jurista comprometido com sua efetivação deve não apenas tomar consciência de tais problemas, mas colocar-se numa postura sempre aberta e crítica, disposto a pensar até o fim suas razões e pressupostos.

Assim, é resgatando um dos maiores críticos da democracia liberal e da representatividade política que procuraremos, neste texto, apontar para os paradoxos da democracia representativa, procurando trazer, a partir de autores contemporâneos como Chantal Mouffe e Jürgen Habermas as possíveis soluções para tais impasses. É a partir dessa mesma ótica que procuramos também focar algumas das dimensões do econômico como elemento que se coloca em freqüente conjugação com a dimensão política.

2. DEMOCRACIA, CONSENSO E VÍCIOS DA REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA

De um ponto de vista ideal, a democracia implica a unidade perfeita do povo como sujeito e objeto do poder do Estado. Sabemos que essa unidade,

tão bem refletida na idéia de vontade popular, é algo que não se apresenta concretamente na prática e no mundo dos fatos. Mas tal constatação não pode e não deve ensejar uma renúncia à busca da construção e afirmação de um ideário democrático. Afinal, o que define a todo ideal é o valor de perfeição, sendo que a realidade, considerada enquanto plano da particularidade dos eventos, resulta sempre imperfeita. E justamente aí se constata a importância de uma reflexão sobre a democracia que, por um lado, atue como guia ou ponto de referência, sem jamais descurar dos modos de funcionamento real dos Estados Democráticos de Direito auferidos na prática histórica. É que nunca podemos nos fixar numa dimensão de idealidade que desconsidere a aplicação e atualização histórica de um projeto que, por dizer respeito à ação humana, só ganha real sentido enquanto entrelaçado com a dialética viva da história, vista sobre o espectro da inter-subjetividade.

Autores há que, na defesa da democracia em bases meramente formais sustentam a suficiência da forma para a convalidação das normas e deliberações produzidas pelos titulares de mandatos eletivos. Assim, a simples participação nos procedimentos típicos das democracias formais teria o condão de conferir legitimidade às normas jurídicas derivadas de tal processo, estando a obediência pressuposta como base fundamental do sistema, posto que implique no acordo de guardar as decisões resultantes deste.¹

Todavia, para rebater o dogma do consensualismo da democracia formal, a doutrina já construiu brilhantes críticas que possuem como pano de fundo o próprio entendimento de que os procedimentos de participação política não podem ser sempre assumidos como formas de manifestação inequívoca e incondicionada do consentimento. Não podem ser tidos, portanto, como fundamento único da obrigação política. À margem das teses fundadas na idéia de um consentimento real, seja ele expresso (tal como sustentado por Plamenatz) ou tácito (quando do simples fato de seguir sendo membro de uma sociedade passa-se a pressupor o consentimento tácito em submeter-se ao

1. Tal é a posição de PLAMENATZ (1968: *passim*).

procedimento utilizado para a tomada de decisões), pode-se destacar a teoria do *quase-consentimento* de Peter Singer. Segundo o autor, em determinadas circunstâncias certas ações ou omissões dos indivíduos podem dar lugar a uma obrigação de atuar como se houvessem consentido, ainda quando não se tenha consentido de fato (SINGER, 1985: 31).

Singer salienta o paralelismo do conceito de quase-consentimento com a noção jurídica de *Estoppel* (instituição jurídica anglo-saxônica voltada para proteger aqueles que agiram de acordo com a aparência gerada por um sujeito, impedindo-o de reclamar tudo aquilo que for contra a existência jurídica do que com seus próprios atos contribuiria para criar). Assim, no que se refere à possibilidade de fundamentar a obrigação política no quase-consentimento outorgado mediante a participação por meio dos processos eleitorais democráticos, Singer assinala que “é razoável supor que, de fato, alguém consente se vota voluntariamente e sem deixar expresso o que não consente” (1985: 60). Ademais, fundamental destacar que “a obrigação emergente da participação não depende em modo algum do consentimento real, senão do mero ato de participação” (1985: 63). A obrigação política não surge do consentimento pessoal dos cidadãos, senão do requerimento derivado da vinculação aos próprios atos no processo de tomada de decisões.

Como conclui Singer, o quase-consentimento não seria senão uma das razões importantes para obedecer às leis. Essas razões não existem nas sociedades não democráticas, mas “para obedecer às leis em uma democracia aplicam-se somente quando não tenha havido infração alguma de direitos essenciais para o funcionamento de um procedimento de decisão baseado em um compromisso justo” (1985: 145-146). Portanto, conquanto seja possível fundamentar a obrigação política pelo consentimento ou quase-consentimento transmitido por meio dos mecanismos de participação política, há que se entender não ser possível afirmar conclusivamente a existência de um requerimento absoluto e ilimitado de vinculação a todas as determinações das autoridades políticas representativas.

Problema central que passa a ser analisado no século XX diz respeito ao funcionamento e efetividade das democracias representativas, haja vista seu

freqüente distanciamento de tradicionais modelos teóricos democráticos. É sabido que democracia é uma palavra essencialmente polissêmica, e falar da democracia ateniense não é o mesmo que falar da democracia surgida nas revoluções burguesas do século XVIII, nem da democracia pós-revoluções proletárias de fins do século XIX. Assim, imperioso estabelecer a hipótese de que o Estado democrático de Direito sustenta-se sobre o princípio de legitimidade legal-racional do poder. Graças a ele, a legitimidade do Estado de Direito não radica na mera sustentação da autoridade, mas sim no modo ou nas regras que permitem a seus detentores obter e exercer o poder (SALGADO, 1998a: *passim*).

Entretanto, temos que, se o princípio de legitimidade legal-racional constitui condição necessária para a existência de Estados de Direito, não se revela como condição suficiente para a existência da democracia. Como destaca Chantal Mouffe, o elemento democrático é instituto do qual temos ainda uma noção bem pouco precisa, visto que o significante democracia tem funcionado como horizonte imaginário no qual se inscrevem reivindicações bem díspares, e o consenso para o qual parece apontar pode não passar de uma ilusão. De fato, a constatação das inúmeras mazelas e da crescente descrença na ação política que em nossos dias se fazem sentir representa, a nosso ver, o preço que pagamos por termos negligenciado o domínio da reflexão ética e filosófica sobre a democracia (MOUFFE, 1998: 101).

Neste sentido, afigura-se como de grande importância proceder a uma reflexão crítica acerca da democracia pluralista, a qual, apesar de ter encontrado no Ocidente, grau de aceitação quase universal, não se vê livre de problemas e contradições. Dentre os grandes autores devotados a estabelecer uma crítica da democracia liberal figura, com destacada importância, Carl Schmitt. Uma das teses fundamentais do célebre publicista alemão é a de que a articulação entre a democracia e o liberalismo, efetuada no século XIX teria dado lugar a um regime híbrido e inviável, posto que caracterizado pela união de dois princípios políticos absolutamente heterogêneos (SCHMITT, 1996c: 3-28, *passim*).

Em Schmitt existe uma perfeita identificação entre a democracia, como soberania, com o princípio da identidade entre governantes e governados.

Para ele, a democracia consiste na identidade da lei com a vontade popular, e por essa razão a considera compatível com o regime autoritário. A vontade popular não pode ser reduzida a “formas” ou “procedimentos”, pois o que deve ser levado em consideração é o âmbito concreto e existencial, vale dizer, o fato de que deve haver efetivamente uma vontade popular soberana, e não algo que meramente lhe faça às vezes e que pode chegar, inclusive, a contradizê-la. Já os liberais pretendem fundar a legitimidade do sistema parlamentar sobre o papel fundamental da discussão pública, tida como meio de alcançar a verdade pela dialética das opiniões. (SCHMITT, 1996c: 41-46).

Neste sentido, autores como Kelsen acreditam que o princípio basilar que justifica a democracia representativa é justamente a consciência de que não há uma só verdade possível e que a homogeneidade substancial não pode jamais ser alcançada. Esta inclusive a razão pela qual Kelsen se fez um ardoroso defensor da democracia parlamentar. Para o célebre jurista vienense, “não se pode duvidar seriamente que o parlamentarismo não seja a única forma real possível em que possa realizar-se, na realidade social hodierna, a idéia da democracia” (KELSEN, 1993: 112). Por intermédio do “compromisso parlamentar” e da aplicação do “princípio da maioria”, busca-se alcançar o consenso, única forma de integração social. Na visão kelseniana, trata-se de um procedimento dialético que permite tornar possível um debate público no qual os diferentes e múltiplos interesses estejam representados de maneira tal que seja possível obter um “caminho intermediário” entre os interesses contrapostos, uma alternativa, uma “tolerância recíproca”, que compatibilize os diversos pontos de vista em lugar de separá-los (KELSEN, 1993: 127-130).

Entretanto, como demonstra Mouffe, o advento da moderna democracia de massas revelou o caráter ilusório dos pretensos fundamentos teóricos da democracia parlamentar. De fato, sabe-se que o Parlamento historicamente se apresenta como o lugar no qual os indivíduos, colocados à distância dos interesses conflitantes que os opõem, discutem de maneira imparcial e alcançam um consenso racional. Esta seria a forma de se obter matrizes viabilizadoras do entendimento político, o que é fundamental ao funcionamento da democracia. Entretanto, na moderna democracia de massas, em que o Estado foi chamado a atuar numa esfera cada vez mais ampla de questões, sérias são as conseqüências para o sistema parlamentar (MOUFFE, 1998: *passim*).

É que, em lugar da idealizada busca pela verdade, o que se viabiliza são as negociações partidárias e o frio cálculo dos interesses de grupos de pressão, os quais, tomando mesmo o próprio lugar dos partidos políticos, perpetram todo tipo de compromissos e coligações, num contínuo procedimento de avaliação de interesses e de possibilidades de acesso ao poder. E a democracia vê-se sucumbir diante da oposição aparentemente invencível entre os interesses estabelecidos pelo homem-indivíduo e aqueles verdadeiramente universalizáveis, aptos à obtenção do consenso democrático.

Dramáticas são as conseqüências produzidas no regime democrático uma vez que suas instituições são percebidas como simples técnicas instrumentais para a escolha de governantes, deixando de haver efetiva participação na vida democrática. Ademais, como observa Márcio Túlio Viana, em muitos países, como o nosso, sequer existe o instituto da revogação de mandato (*recall*), o que possibilita o surgimento de uma completa dissociação entre a vontade do representante e a do representado, e a inexistência de compromisso político com os eleitores, de tal sorte que a representação deixa de apresentar qualquer conotação que o termo faça supor (VIANA, 1996: 55-56).

Teremos, pois, uma deformação do ideal de Estado de Direito Democrático e da utilização de seu poder. Como ensina Salgado,

“o poder legítimo não é aquele outorgado pelo povo, como transferência, por ato formal de poucos segundos e que depois desaparece. A legitimidade do Estado está na vontade do povo, que dá origem ao poder, mas está também no exercício do poder, permanente ação do povo na relação de poder, quer através de instrumentos políticos (como plebiscito, destituição, resistência, etc.) quer através de mecanismos administrativos, do que se chama administração participativa, que é um direito fundamental” (SALGADO, 1998a: 53).

Diante de tal quadro, em que os interesses de uma minoria – que subjuga o

político e o jurídico –, pretendem se afirmar como valores universais, e em que sobressai o elemento da unidade democrática, a análise de Schmitt permite-nos pelo menos aclarar e identificar muitas das causas das vicissitudes do Estado contemporâneo.

A preocupação central de Schmitt é justamente a da unidade política, sem a qual não pode existir Estado (SCHMITT, 1996c: 26-37). Como bem diz Mouffe, o pensamento liberal não poderia configurar senão o impasse sobre a política, pois o seu individualismo o impede de compreender a formação de identidades coletivas, sendo que, para o autor alemão, o critério do político, a essência de seu ser, reside precisamente na criação de um *nós* em oposição a um *eles*, e sempre se situa no campo das identificações coletivas (MOUFFE, 1998: *passim*).

Todavia, apesar da densidade de suas reflexões, há algo de problemático, porque potencialmente totalitário, na crítica schmittiana. É que Schmitt assume a unidade democrática como devendo residir sobre uma homogeneidade social. Segundo Schmitt essa homogeneidade é a substância da ordem política democrática e base para a representação soberana real. E essa substância não pode ser matematizada ou quantificada através do voto majoritário. Para Schmitt o voto representa uma vontade individual, convertida, através da quantificação matemática latente na idéia de “maioria”, em vontade pública. Essa conversão é enganosa uma vez que o conjunto de vontades individuais não gera uma vontade pública, mas essa é construída através de uma tradição que determine ideais políticos e possibilite uma homogeneidade social, requisito primordial para a democracia, segundo Schmitt.

“La igualdad democrática es, em essência, homogeneidad, y, por cierto, homogeneidad del pueblo. El concepto central de la Democracia es *Pueblo* y no *Humanidad*. Si la Democracia ha de ser una forma política, hay solo Democracia del Pueblo y no Democracia de la Humanidad. Ni siquiera el concepto de *clase* puede substituir, para la Democracia, al concepto de pueblo. Siendo clase un

concepto puramente econômico, sobre base puramente econômica, no da lugar a ninguna homogeneidad sustancial.”²

Para além destes problemas, entendemos, com Chantal Mouffe, que podemos reconhecer aí uma via particularmente fecunda para ser trilhada no ensejo de demonstrar a viabilidade do ideário democrático enquanto mediação racional entre concepções políticas antagônicas que se fazem sempre possíveis numa sociedade complexa e plural.

Talvez possamos aduzir, com Mouffe, que essa homogeneidade, requerida para o funcionamento da democracia, seja constituída pela adesão a princípios políticos fundamentais do regime democrático, como o da *liberdade* e o da *igualdade*. Tais princípios estariam, pois, em posição jurídica superior a “instituições” e “procedimentos” instituídos para viabilizar a determinação da vontade do Estado no contexto de um sempre possível debate sobre a interpretação desses mesmos princípios. (MOUFFE, 1998: 101)

A legitimação da representação política no Estado Democrático de Direito se faria possível com base em uma compreensão e problematização contínua dos valores fundamentais capazes de conferir correção e racionalidade à ordem constituída, visto que, como assegura Lima Vaz, no mundo moderno, as normas institucionalizadas somente poderão cumprir sua tarefa ética à medida que representarem a garantia social de um consenso ético reflexivo, no qual tenham parte a *liberdade* do indivíduo e a *racionalidade* comprovada e compreendida da norma (LIMA VAZ, 2000: 77-84).

Trata-se de um embate que busca encontrar o equilíbrio entre a democracia concebida como um conjunto de procedimentos necessários para o tratamento da pluralidade e a democracia como identificação com os valores que permitem justamente dar forma a um modo particular de coexistência. Este parece ser mesmo um dos méritos do pensamento de Habermas, ao

2. SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Alianza Editoria, S.A. Madrid:1996, pág. 230

realizar um trabalho de reinterpretação tanto da soberania popular lastreada em valores éticos homogêneos, tal como proposta pelo republicanismo, como também dos direitos liberais, vistos como meros direitos subjetivos limitados pelos direitos subjetivos de outrem. Quanto ao primeiro, ver-se-á a soberania popular, tal como proposta pelo republicanismo, não mais como interesses éticos pressupostos em determinada comunidade, mas como o resultado de discursos de atores que agem comunicativamente, tendo em vista chegarem a princípios intersubjetivamente partilhados. Quanto aos direitos fundamentais liberais, estes devem ser vistos como direito a iguais liberdades subjetivas de participação nas deliberações públicas, e na coexistência equitativa das diversas formas de vida em igualdade de direitos. Nas palavras de Habermas:

A teoria do discurso acolhe elementos de ambos os lados [republicanismo e liberalismo] e os integra no conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões. Esse *procedimento democrático* cria uma coesão interna entre *negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça*, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação lingüística. (HABERMAS, 2007, p. 286) (grifos no original).

3. SOBRE A RELAÇÃO ENTRE TÉCNICA E POLÍTICA NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

A partir da primeira metade do século XX, com o surgimento das democracias de massas, algumas discussões sobre os limites e até mesmo sobre a possibilidade da democracia passam a ganhar força, acentuando uma forte tendência em se privilegiar a meritocracia. Ao lado disso, ao longo do século XIX e início do século XX, os tempos do positivismo, a técnica passou a firmar-se como argumento de autoridade.

Contudo, conforme alerta Boaventura de Sousa Santos, as características sob as quais a ciência moderna foi supostamente construída - neutralidade, objetividade, previsibilidade - contribuíram para marginalizar todas as outras formas de saber, desocultando o fato de que a aparência de neutralidade não raro é mais um fator para encobrir e legitimar a dominação. Muito válidas e elucidativas aqui também as considerações feitas por Gadamer, ao demonstrar que a construção da própria idéia de *conceito* no iluminismo ocidental, deu-se mediante o estabelecimento de um discurso pré-conceituoso para com os pré-conceitos.³ O que quer destacar o filósofo alemão é justamente o hino de devoção na ciência e nas possibilidades da racionalidade lógico-explicitadora, deixando de dar qualquer importância a outras dimensões que inevitavelmente operam em nossa compreensão e vivência.

No campo da formulação, execução e controle das políticas públicas, as premissas se repetem. O Estado Social é um exemplo paradigmático de Estado que chama para si a tarefa de buscar realizar os denominados direitos de segunda geração, mas que alija a sociedade do processo de decisão política. A experiência histórica de assistencialismo mostrou que ele não conseguiu gerar autonomia e cidadania efetivas.

Assim, estas reflexões não podem significar uma dicotomia entre técnica e política, mas sim uma nova forma de ver tal relação, em uma complementaridade necessária. Em vista da complexidade dos problemas

3. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 7ª ed., São Paulo: Vozes, 2005.

sociais, a técnica torna-se fundamental no Estado Democrático de Direito, cujo trabalho deve ser o de contribuir para selecionar, sistematizar e construir, neste amplo universo de informações disponíveis, aquelas relevantes para a tomada de decisão política, sabendo-se que, no campo político-jurídico estarão sempre presentes interesses sociais potencialmente divergentes.

Debates recentes que se travaram, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal, em torno da lei que criou a possibilidade de manipulação genética para pesquisas científicas, bem demonstram a ampla diversidade de posições existentes numa sociedade complexa, aptas a munir seus defensores de fundamentos razoáveis. A positiva lição que daí podemos auferir é que o esteio fundamental da democracia está justamente em sua capacidade de abrir-se para incorporar as contínuas e incessantes mudanças pensadas e vividas no curso da vivência humana intersubjetiva.

Em sociedades da informação, complexas e plurais, a técnica não esgota a dimensão política, tampouco é neutra, no sentido de não ser impregnada de juízos de valor. Por óbvio, isso não significa que os técnicos estejam distantes dos ruídos e expectativas da sociedade do seu tempo. Cabe a eles, portanto, a fundamental tarefa de contribuir para reduzir a complexidade do imenso manancial de informações disponíveis, sem perder de vista as diversas nuances e implicações das eventuais escolhas, de forma a facilitar e viabilizar a sua implementação.

Diante do desafio de se buscar conciliar os diversos interesses em jogo na sociedade, o papel da técnica ainda mais se incrementa, havendo que buscar criar e efetivar mecanismos jurídicos que estabeleçam as regras para a formação do consenso, impedindo que a política se reduza a uma dimensão de pura negociação de interesses. Daí também a necessidade de mecanismos de controle, que filtram e coíbem os excessos, como a possibilidade de declaração judicial de inconstitucionalidade das normas jurídicas e o controle popular dos atos dos poderes públicos.

4. CONCLUSÃO

A democracia representativa é um dos elementos centrais da cultura jurídica e política ocidental. Com ela foram estabelecidos e concretizados alguns dos mais importantes ideários da Modernidade. Todavia, como uma decorrência das próprias influências teóricas que desaguiariam na Era Moderna, bem como por portar ainda vínculos com pressupostos presentes na tradição pré-moderna, a democracia moderna faria ressaltar algumas contradições que lhe são implícitas.

Entre tais elementos problemáticos figura, com destacada proeminência a questão da representatividade e o papel da técnica (em especial do econômico) em sua relação com o político. Como vimos neste estudo, apesar de serem dois dos elementos centrais na configuração das democracias modernas e fazerem-se presentes em todas as suas manifestações históricas, não estão eles livres de problematizações. Requerem, ao contrário, um constante labor reflexivo e crítico para que possam atender aos anseios de legitimidade e racionalidade que marcam os nossos dias.

Talvez se possa dizer mesmo que o grande legado da democracia é fazer-nos conscientes de que assumimos um projeto em constante construção ou reconstrução. É também um legado de desafios e possibilidades, entre os quais hoje figura o de assegurarmos que a diversidade de posições e a possibilidade de escolhas reais e efetivas sejam requisito para a existência da própria democracia. É a tensão entre a lógica da identidade (comunitarismo) e a lógica da diferença (liberalismo) que dá vida à democracia pluralista e demonstra que se trata da forma de governo mais adequada ao projeto sabidamente imperfeito e inacabado da política contemporânea.

Refletir sobre a democracia torna-se assim uma reflexão sobre a própria Modernidade, fazendo-nos conscientes de que ela não nos vem nunca oferecida numa bandeja. Ela não está pronta. Nunca esteve e possivelmente nunca estará. Cabe conquistá-la! Não com a postura romântica e ingênua de revolucionários que miram o novo pelo simples sabor da novidade,

mas com a consciência do conflito que, inerente a todo consenso racional, recobra dos juristas não a atenção impávida para com os legados do passado, mas o compromisso efetivo com a integridade do Direito e sua permanente reconstrução.

5. BIBLIOGRAFIA

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. 7ª ed., São Paulo: Vozes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. 3ª Ed, São Paulo: Edições Loyola, 2007.

_____. Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo, Edições Loyola, 2002.

_____. Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LIMA VAZ, Henrique C. de. *Curso de ética*. Ministrado no Curso de Graduação em Filosofia do Centro de Estudos Superiores da Cia. de Jesus – Instituto Santo Ignácio. Belo Horizonte, 1999a. (Anotações)

_____. *Democracia e sociedade*. *Síntese*, n. 33, p. 5-14, 1985.

_____. *Escritos de filosofia V*. Introdução à ética filosófica 2. São Paulo: Loyola, 2000.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte p. 91-107, 1994.

_____. *O Regresso do Político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

PLAMENATZ, J. *Consent, freedom and political obligation*. 2 ed. New York: Oxford University Press, 1968.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Hemus Editora, [s.d.].

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Ano XVI, n. 2, p. 37-68, 1998.

_____. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 20, n. 3, p. 13-39, jul./set. 1996.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Trad. Rafael Agapito. Madrid: Alianza, 1932.

_____. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

_____. *Roman catholicism and political form*. Trad. G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996.

SINGER, P. *Democracia y desobediencia*. Barcelona: Ariel, 1985.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996.

REFORMA POLÍTICA: O BRASIL DEVE ADOTAR O PARLAMENTARISMO?

BRUNO TERRA DIAS

Juiz. Ex-Presidente da Amagis. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, em 1985. Exerceu as funções de advogado, delegado e promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais.
Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

Grandes ideias decorrem de percuciente observação, trabalho árduo e atenção a conceitos. Certo rigor é exigido, além de alguma inovação na visão consagrada, para que um ensaio seja considerado valioso e alçado à condição de respeitável citação. Lord Acton, uma das mentes de maior brilho de sua geração, no século XIX, resenhando *Democracy in Europe*, de Sir Erskine May, fez apontamentos dignos de recordação em todos os tempos. Uma das afirmativas de maior poder de instigação intelectual talvez seja: “As causas que arruinaram a República de Atenas ilustram a conexão entre ética e política, e não os vícios inerentes à democracia.”¹ Essa afirmativa serve muito bem como referência para pensar a política na perspectiva da disciplina constitucional brasileira e apontar possibilidades de reforma. Afinal, o que pensar de ética, política, corrupção e democracia? Esses conceitos se entrelaçam?

O mesmo Acton², avançando considerações sobre a situação política da Europa no meado do século XIX, os múltiplos conflitos ideológicos, os confrontos de classe sociais por representação e poder, o desgaste das liberdades formais e as possibilidades da democracia, entre cantões suíços e a Alemanha ainda não unificada, conclui análise percuciente: “A liberdade perdeu o encanto; e a democracia mantém-se com a promessa de benesses substanciais para as massas dos povos.” Sob certos aspectos, parece bastante semelhante ao que ocorre na América Latina neste início de século XXI, em que a democracia confunde-se com promessas vãs e a liberdade oferece-se como bem barganhável e cuja supressão é palatável se segurança pública e emprego e renda materializarem-se na equação dos demagogos de plantão. Parece não haver melhor controle social que um bem forjado argumento econômico ad terrorem.

A repetição de situações, guardadas as devidas proporções e condicionantes espaçotemporais, merece atenção. Desastres políticos do passado não devem ameaçar, como sombras fúnebres ou fantasmagorias, a contemporaneidade. O discurso político necessita renovação e as opções políticas fundamentais, respeito. Como colocar, em termos de debate

constitucional, a perplexidade do desmanche das liberdades cívicas e o amortecimento da democracia como promessa demagógica, que busca das massas menos afortunadas da população a legitimação do voto para implementação e execução de políticas públicas cujo resultado, muito adverso do prometido, não é emancipação?

2. ÉTICA

A vida pública, como a vida das relações privadas, é construída com lastros no que se denominam valores, ideias cuja força inspira condutas individuais e todo o ordenamento jurídico e práticas do Estado. Interessa à formação democrática a boa compreensão dos valores, individuais e coletivos, e a concepção de uma moral universal que possam dialogar. A base das relações entre Estado e indivíduo deve ser encontrada nos Direitos Humanos, reconhecidos como de caráter universal, independentemente de ideologias e regimes políticos. A esse respeito, vale colacionar fragmento significativo de Boutros Ghaliiii:

Os direitos humanos concebidos em escala universal nos confrontam com as mais exigentes dialéticas: a dialética da identidade e da alteridade, do Eu e do Outro. E nos ensinam que somos ao mesmo tempo idênticos e diferentes, se temos presente esta dialética essencial do universal e do particular, da identidade e da diferença poderemos encontrar nossa essência comum além do que aparentemente nos separa, das diferenças do momento, das barreiras ideológicas, culturais. Os direitos humanos em torno dos quais debateremos aqui, em Viena, não são o mínimo denominador comum de todas as nações, mas, pelo contrário, o que eu chamaria “o humano irredutível”, ou seja, a quintessência dos valores em virtude dos quais afirmamos, juntos, que somos humanos. Não se trata de buscar compromissos

prudentes, pelo contrário, se impõe que nos elevemos a uma concepção dos direitos humanos que os tornem verdadeiramente universais. É preciso que todos compreendamos claramente e aceitemos essa noção de universalidade. Seria um engano que o imperativo da universalidade, fundamento de nossa concepção comum dos direitos humanos, se converta em fonte de maus entendimentos entre nós. Se impõe, então, afirmar de maneira bem nítida que a universalidade não se decreta e que não é a expressão ideológica de um grupo de Estados sobre o resto do mundo.

Pelos compromissos que encerra, não há dúvida razoável em se apontar a democracia como regime político que melhor preserva, promove e dialoga com direitos humanos. A despeito do que se diga a respeito do tema corrupção em regimes democráticos, sem dúvida alguma os regimes autocráticos oferecem sérias dificuldades aos direitos humanos, uma vez que a transparência não se conjuga com reservas e ocultações. Mais que isso, as liberdades, no sentido atual, iniciam com a desconstrução das autoridades papal, em matéria religiosa, e do imperador, em matéria temporal, inaugurando o Renascimento e aliviando a dupla opressão a que submetido o homem no medievo. Como apregoadado pelo saudoso Adhemar Ferreira Macieliv: “O homem só gozará de liberdade individual quando as forças políticas e religiosas forem mantidas em separado e, no caso do Estado, quando o poder político for mantido fracionado.”

A história constitucional brasileira registra, em 1824, no art. 5º da Constituição do Império, a opção política pela Religião Católica Apostólica Romana como religião de Estado. Somente com a proclamação da República, por meio do Decreto nº 119A, de 1890, o Estado tornou-se laico; a Constituição de 1891 recepcionou o Decreto nº 119A no art. 72, §§ 3º e 7º, em sua Declaração de Direitos, assegurando a liberdade religiosa e a independência do Estado em face de todas as igrejas. A Constituição de 1988, mantendo o Estado laico, faz

concessões razoáveis, tais como a imunidade para “templos de qualquer culto” (art. 150, VI, “b”) e a possibilidade de colaborações de interesse público dos entes federativos com entidades religiosas, firmando a regra geral impeditiva de subvenções ou embaraços a “cultos religiosos ou igrejas” (art. 5º, VI).

3. POLÍTICA

O discurso político pode ser sublime, levando multidões à crença e à prática das mais elevadas realizações do espírito humano; pode ser a arte de unir e formar sociedade superior em princípios e valores, afrontando riscos de insucesso e corrupção, reconhecendo suas próprias fragilidades e assegurando transparência como via de controle do Estado pelo cidadão, jamais invertendo a equação. Há, também, discursos como os de Medeia e Lady Macbeth, capazes de convencer desavisados de que pode reverter o esquitejamento da democracia em regime melhor e rejuvenescido, assim como, em suposto surto sonambúlico, usar a palavra como véu para disfarçar e encobrir traições e terríveis condutas. Não se trata de palavras comuns, corriqueiras, mas de um tipo específico, que dão o tom, revelam intenções e são capazes de propagar o melhor e o pior da humanidade.

O famoso discurso de Péricles, em 431 a.C., feito aos atenienses após o primeiro ano da Guerra do Peloponeso, chegou até nós pelo registro de Tucídides. Trata-se de pronunciamento público que homenageia os mortos no conflito, embora não seja propriamente fúnebre. É testemunho da cultura cívica de um tempo, escandindo uma ética fundada em democracia, liberdade e igualdade, exemplo deixado na memória dos povos ocidentais para jamais ser esquecido. Não se trata de transcrição literal das palavras de Péricles, que nada deixou escrito, mas do registro feito por historiador contemporâneo dos fatos.^v É certo que a contemporaneidade do documento não significou escrita em “tempo real”, como hoje acontece com a notícia on line; Tucídides escreveu após a derrota de Atenas, mas nem por isso perde em credibilidade e perenidade.

Diogo Freitas do Amaralvi faz interessante análise do conteúdo do discurso e do tripé sobre que se estrutura: a democracia como regime, fundada na liberdade do cidadão ateniense e dos cidadãos das demais cidades vizinhas, todos podendo realizar o que bem diz com seus prazeres e necessidades; no amplo debate parlamentar, componente das liberdades, tido como essencial para tomada de boas decisões; e na igualdade, medida pela lei, que a todos submete, e pelo mérito de cada um, no preenchimento de cargos públicos e privados. Pode parecer demasiado atual e, por isso, suspeito, um discurso proferido há quase 2.450 anos com esse conteúdo, mas sua perenização em escrito de época não permite acusação de fraude àqueles que ao mister de interpretá-lo se aplicam na atualidade.

A parte III do discurso, em tradução de Antonio Arbeaviii, merece transcrição:

Disfrutamos de un régimen político que no imita las leyes de los vecinos; más que imitadores de otros, en efecto, nosotros mismos servimos de modelo para algunos. En cuanto al nombre, puesto que la administración se ejerce en favor de la mayoría, y no de unos pocos, a este régimen se lo ha llamado democracia; respecto a las leyes, todos gozan de iguales derechos en la defensa de sus intereses particulares; en lo relativo a los honores, cualquiera que se distinga en algún aspecto puede acceder a los cargos públicos, pues se lo elige más por sus méritos que por su categoría social; y tampoco al que es pobre, por su parte, su oscura posición le impide prestar sus servicios a la patria, si es que tiene la posibilidad de hacerlo.

Tenemos por norma respetar la libertad, tanto en los asuntos públicos como en las rivalidades diarias de unos con otros, sin enojarnos con nuestro vecino cuando él actúa espontáneamente, ni exteriorizar nuestra molestia, pues ésta, aunque innocua, es ingrata de presenciar. Si

bien en los asuntos privados somos indulgentes, en los públicos, en cambio, ante todo por un respetuoso temor, jamás obramos ilegalmente, sino que obedecemos a quienes les toca el turno de mandar, y acatamos las leyes, en particular las dictadas en favor de los que son víctimas de una injusticia, y las que, aunque no estén escritas, todos consideran vergonzoso infringir.

Mesmo os cientistas políticos mais em voga teriam dificuldades de fazer melhor. Nenhum governante das mais tradicionais democracias se arriscaria, como Péricles, em 15 anos consecutivos, a submeter-se ao sufrágio de seu povo para renovação da legitimidade na investidura. Entrou para a história sem escândalo.

4. CORRUPÇÃO E VERDADE

O que se denomina corrupção é acusação comum contra a democracia e propagandeada como baixa ou inexistente em regimes de força. Será? Corrupção e política caminham em mão e contramão de única via, uma passa quase despercebida da outra, se não é suficiente para interromper a normalidade dos fluxos necessários à sobrevivência e ao desenvolvimento; como um câncer, desnatura o que deveria ser, expande-se e, se não for contida, obstaculiza definitivamente a sobrevivência da sociedade, drenando suas energias. Da antiguidade à atualidade, todas as sociedades e civilizações enfrentaram o problema, com variados graus de sucesso.

É comum, nesse início de milênio, a indagação, como esquecer do passado e cegar-se para o presente das chamadas grandes nações, se a corrupção é fenômeno de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Não é bem assim: Roma, no auge do seu esplendor, padecia; a China, na antiguidade, como ainda hoje, tem seus momentos de expurgo de administradores corruptos; o Império Inglês ruiu no século XX, não se sustentando em uma estrutura de poder dominador ultrapassada; os EUA ainda passam pela

reestruturação econômica decorrente, dentre outros motivos, do excessivo alavancamento do sistema financeiros, que operava sobre bases irreais. Corrupção é tema mundial e atemporal, variando a transparência, a eficácia e o sentido público das decisões da Administração em face do fenômeno.

Glauco Costa Leiteix faz interessante constatação:

A corrupção revela-se como instrumento que promove a degradação do sistema democrático, atingindo as bases das instituições sociais como um todo, e gera, em última análise, toda sorte de desigualdade, além de incutir na mentalidade coletiva a sensação de que a aplicação da lei raramente ou nunca atinge aqueles que a transgridem, sobretudo quando detêm poderio político e econômico.

Visto que democracia e direitos humanos caminham como irmãos que mutuamente se protegem, o vilipêndio de um, necessariamente, será vilipêndio do outro. A derruição da democracia, com instituição de regimes demagógicos e autocráticos, se fará com desprezo a direitos humanos, cuja relevância será relativizada, na melhor das hipóteses. A transparência, hoje tão cara à administração pública, turvará e assim permanecerá, como se jamais a limpidez fosse realidade ou sequer sonho, muito menos um direito do cidadão oponível ao Estado. Um regime de liberdades somente se faz com responsabilidades; onde não há liberdades, não deve haver responsabilidades. Questão de Justiça e, portanto, ideias e valores fundamentais que se devem encontrar no elenco de direitos da mais elevada estima em um ordenamento. Nesse sentido, Amartya Sen, com a profundidade, na perspectiva das liberdades como direitos humanos, de alguma forma complementando Boutros Ghali, já transcrito:

Para que uma liberdade passe a fazer parte de um direito humano, é evidente que ela deve ter importância suficiente para fornecer aos outros razões para que lhe concedam uma séria atenção. Devem existir

algumas “condições de limiar” de relevância, inclusive a importância da liberdade e a possibilidade de influir em sua realização, para que ela possa figurar de forma plausível dentro do espectro dos direitos humanos. Na medida em que é necessário algum acordo para o arcabouço social dos direitos humanos, o acordo que se deve buscar não é apenas se alguma liberdade específica de uma pessoa específica possui alguma importância ética, e sim se a importância dessa liberdade atende à “condição de limiar” de ter importância social suficiente para ser incluída como parte dos direitos humanos daquela pessoa, e gerar analogamente obrigações para que os outros vejam como podem ajudar essa pessoa a realizar essas liberdades ...

Liberdades tais como a de ir e vir, de não ser molestado sexualmente, de manter ou romper relacionamentos emocionais, formam plexo de direitos fundamentais de que não se cogita sob regimes antidemocráticos. Contrapartida são as responsabilidades civis, administrativas e criminais decorrentes do reconhecimento de direitos. Assim, o direito à administração proba tem como corresponsável a responsabilidade do eleito, no exercício do mandato ou não, pelo atendimento ao bem comum; o direito de não ser molestado sexualmente tem como corresponsável a responsabilidade da Administração por colocar à disposição equipamentos que permitam reprimir violações ou ameaças. O não cumprimento da promessa de zelo pelas liberdades consagradas será havida como corrupção, desvio do que deveria ser ou ocorrer. Retorno a Glauco Costa Leitexi, que focaliza o problema da corrupção no aspecto das relações de direito público:

... a corrupção, ainda que de forma ampla, pode ser conceituada como toda conduta ou omissão em que o agente público, ou o particular em interface com o poder público, promove favorecimento de algo ou alguém,

visando benefício pessoal em detrimento do interesse coletivo. Por favorecimento entenda-se não apenas o desvio de bens e recursos públicos a finalidades particulares, mas também situações em que, a despeito da ausência de desvio de verba ou bem público, há ofensa ao princípio da moralidade pública em razão de outros interesses a nortear a tergiversação da conduta à luz da primazia do interesse público.

Colocada assim a questão das liberdades e da corrupção que as esvazia de conteúdo prático, evidencia-se o compromisso com a verdade, em sentido filosófico como jurídico. Verdade: causa e origem; o trabalho do descobrimento da verdade é a busca da causa e da origem. Humanos são o encobrimento, o velamento, o esquecimento, o disfarce; democráticos são o desencobrimento, o desvelamento, a memória e a sinceridade. Na política, boa parte da arte está em encobrir desconfortos próprios e constranger, com desencobrimientos, versões e até mesmo mentiras e supostas verdades ditadas com efeitos próprios de mentiras (formas de encobrimento), o que mitiga a verdade em causa próxima, sem discutir origem. No dizer de Heidegger^{xii}:

“...a verdade tomada tradicionalmente como propriedade do juízo, como *adaequatio intellectus et rei* [adequação do intelecto à coisa] está fundada em algo diverso, ou seja, que o que se toma como verdade no juízo é uma determinação autêntica, mas a possibilidade interna da verdade reside em algo mais originário...”

Pode-se dividir, assim, dupla visão da verdade: uma superficial, formal, não necessariamente uma tradução da relação de toda predicação com o objeto do enunciado, ou “o que se acha assim livre do conteúdo objetivo e não é determinado pelo aspecto material do objeto do enunciado”^{xiii}; outra, informada pelo “conteúdo objetivo do que o objeto é, ela também é denominada verdade material em contraposição à verdade formal.”^{xiv}

Aplicados esses entendimentos ao âmbito eleitoral, para situá-los, posteriormente, no âmbito de uma possível reforma política, tem-se, juridicamente, o contentamento com as verdades formais das candidaturas e enorme afastamento das verdades materiais dos candidatos. Exemplo dessa afirmação está naquela que ficou conhecida como Lei da Ficha Limpa, que cuida de juízos formais de honestidade por ausência de condenação por órgão colegiado, ainda que, por muitos motivos, alguém, ou uma coletividade, possa afirmar tratar-se o candidato de pessoa desonesta. Proposições, como são as relações típicas de sujeitos com predicados, ou de adequação do intelecto à coisa, podem, materialmente, ser verdadeiras ou não, podem ter o poder de iludir (quanto falsas), mas o eleitor, assim como o juiz encarregado do registro de candidaturas, não terá acesso a informações suficientes para aquilatar profundamente a verdade ou virtude material do candidato.

A verdade é um compromisso frequentemente depreciado no jogo eleitoral. O eleitor pode, em tese, ser enganado e levado a pensar que do seu voto se extrai a verdade para o Estado, desde que o interessado consiga ocultar de sua visão que a verdade jaz sob a história sua e da coletividade, para que seja útil a propósitos que não imagina. Uma verdade proposicional pode ser enganadora; quando isso se coloca à luz do sol, tem-se o escândalo.

A identificação do interesse público é essencial, tanto quanto a construção de instituições, políticas e procedimentos que o elevem a denominador necessário nas decisões de Poder. Juarez Guimarães^{xv}, com propriedade, afirma: “A raiz do combate à corrupção não está nos âmbitos da autoconcentração do Estado ou da expressão espontânea dos interesses e das vontades da sociedade civil mas, rigorosamente falando, no âmbito da construção das formas de mediação para formação do interesse comum...” Se o interesse público não se confunde com a mera soma de vontades particulares, a criação de instituições que promovam a participação do povo no sistema de tomadas de decisão, servindo de voz e devolvendo poderes e direitos, apresenta-se como viabilidade no horizonte da democracia. A questão desloca-se, em certa medida, para a opção fundamental por um sistema de governo desconcentrador e tendente a mecanismos de democracia direta.

5. DEMOCRACIA

A democracia, substantivo feminino que traduz soberania popular, governo do povo^{vi}, é uma opção política fundamental, tão difícil quanto a assunção de responsabilidades sobre o próprio destino; exigente como a tolerância ao diverso e a superação do adverso; firme com cidadãos e governantes; inclusiva como nenhum outro regime; poder que cria o direito e por ele é limitado. Nela, o voto não é, não pode ser, “mercadoria que se cede ao melhor ofertante”^{xvii} Exatamente pela complexidade e sofisticação que implica, contrariando a aparente simplicidade da impostura autocrática, a democracia merece definição apropriada a uma compreensão do modo como atua, facilitando a compreensão e evitando as dificuldades de proposições analíticas. Bobbio^{xviii} apresenta uma definição procedimental que bem serve ao propósito de esclarecimento:

...por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados.

A definição apresentada contém o mínimo necessário à compreensão do funcionamento de um Estado Democrático, aquele em que não apenas o público em geral está submetido ao direito, mas também o modo como alguns podem ser guindados pela coletividade à condição de autorizados à tomada de decisões a todos vinculativas. Ou seja, há regras para saber como e quem, com que limites, terá legitimidade para formular a vontade de todos e a todos (inclusive o legislador, o administrador e o julgador) submeter.

Diogo Freitas do Amaral^{xix} relembra a história grega como primeiro exemplo ou origem da democracia, legado eterno à civilização. O discurso de Péricles em homenagem aos mortos na Guerra do Peloponeso, documentado por Tucídides, traduz três princípios fundamentais, até hoje, a governantes e governados: democracia, liberdade e igualdade.

Experiência de compartilhamento de responsabilidades, haverá diversos graus de democracia, conforme abrangidas maiores ou menores faixas da população entre os reconhecidos à formação da vontade da coletividade. O Brasil, nos séculos XIX e XX, ampliou profundamente o caráter democrático de sua sociedade: do voto censitário ao voto do analfabeto, da universalização do voto masculino ao voto feminino, o direito de cidadania ativa expandido aos jovens maiores de 16 anos e aos analfabetos, todos incluídos. Ainda assim, uma parte da população ficou inevitavelmente afastada da possibilidade de votar e de ser votada, por razões diversas. Mas o eleitorado brasileiro é formado atualmente por mais de 60% da população, o que confere robusta legitimidade aos eleitos.

Não deve ser deslembado o alerta de Sir Winston Churchill, em 1944, quando a II Guerra apresentava seu quadro de reversão contra o Eixo e a favor dos Aliados, abrindo portas às conveniências de demagogos, às mais diversas formas de violências disfarçadas e à diluição da Europa em regimes autocráticos que poderiam conduzir a conflitos regionalizados, perpetuando a marginalização de direitos fundamentais próprios da democracia: “A democracia não é uma prostituta a ser apanhada na rua por um homem armado com metralhadora.”^{xx} Em inteira consonância com a ciência dos sacrifícios que a democracia impõe aos seus adeptos, em 1945, o mesmo Churchill, na expectativa de uma grande derrota eleitoral, após brilhar como um dos homens mais importantes do século XX, na condução da vitória dos Aliados: “Pode ser que o resultado seja uma lavada e o [Partido Trabalhista] tem todo o direito de nos dar um bom chute no traseiro. Isso é democracia. É por isso que temos lutado. Passe-me a toalha.”^{xxi}

No sentido aqui proposto, a opção por um Estado de Direito implica, necessariamente, a salvaguarda de direitos fundamentais, que estão na base do Estado Liberal. À antiga questão de saber qual o melhor governo, dos homens ou das leis, em que controverteram filósofos, desde Platão (As Leis) e Aristóteles (Política), as respostas propostas variam entre a segurança do bom governante, que não deve ser tolhido, e a da generalidade da lei,

que assegura o público contra o mau governante. Em realidade, a pureza dos modelos não atende adequadamente as necessidades do interesse público. Bobbio enfrenta o tema no ensaio *Governo dos Homens ou Governo das Leis?*^{xxii} O ideal parece ser chegar a um regime em que a lei seja a baliza do bem público, o cidadão acautele-se na eleição de seus representantes e o governante, talentoso, seja honesto.

6. REFORMA POLÍTICA: PRESIDENCIALISMO OU PARLAMENTARISMO?

A busca e opção fundamental por um sistema de governo desconcentrador e tendente a mecanismos de democracia direta põe em confronto necessário o presidencialismo e o parlamentarismo. O presidencialismo é o filho rebelde da república, como o parlamentarismo é a sublimação da monarquia. O presidente pratica atos de poder hoje vedados aos monarcas constitucionais, pois cumula a chefia de estado com a de governo; deve mais à república do que ocorre ao chefe de estado no parlamentarismo.

O parlamentarismo devolve poder ao povo pelo compromisso de governo; o presidencialismo tende a abarcar poderes, a ser incontido, a não compartilhar, pois é absoluto, a menos que seja refreado por um legislativo que assuma responsabilidades de chefia de governo. Por devolver poderes ao povo, o parlamentarismo é superior ao absolutismo a que tende o presidencialismo. A observação das democracias ocidentais europeias, das quais descende a brasileira, é reveladora de que a concentração da chefia de estado com a chefia de governo tende a mais malefícios à coisa pública do que a separação, seguramente promotora de mais saudáveis práticas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da reforma política, considerando alternativa parlamentarista, demanda múltiplos ângulos de análise, postos desde a antiguidade, não cedendo ao lugar comum da demonização dos efeitos por encobrimento

das causas. A discussão da ética e da política, da corrupção e da verdade, do conhecimento superficial e do desvendamento das mais profundas verdades, direitos humanos como fundamento da democracia, regimes autocráticos e rebaixamento servil da cidadania, liberdades civis e responsabilidades cívicas, democracia procedimental, governo de homens ou governo de leis, tudo isso forma a essência do amadurecimento para tomada de decisões fundamentais.

Em geral, nos mais diversos campos de indagação e pesquisa, o parlamentarismo oferece maiores vantagens que o presidencialismo, especialmente nos momentos de crise, permitindo soluções justas, compromissadas e livres de traumas desnecessários. No Brasil, salvo a hipótese de crime de responsabilidade, cuja apuração ocorre em processo complexo e arrastado, que leva de roldão toda a administração pública, paralisada por incertezas, o governo se mantém, ainda que sob acusações de inefetividade, incompetência, falta ou escassez de compromisso com o interesse público.

A experiência deve ser mestra da mudança.

8. BIBLIOGRAFIA CITADA

iACTON, Lord. Ensaio, uma antologia, tradução de Joubert de Oliveira Brízida, Rio de Janeiro: Topbooks, 2014, p. 111.

iiOp. cit., p. 140.

iiiApud QUINTANA, Fernando. Ética e Política: da antiguidade clássica à contemporaneidade, São Paulo: Atlas, 2014, p. 260.

ivO Bill Of Rights Americano: reflexos no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 115.

vTucídides teria vivido entre 460 e a.C. e 400 a.C., aproximadamente, o que dá a seu relato, "A Guerra do Peloponeso", consistência de autenticidade difícil de se obter em registros históricos produzidos por quem teve de se dar ao trabalho de arqueologia para coleta de elementos da prática oral dos povos.

vi História do Pensamento Político Ocidental, Coimbra: Almedina, 2011, pp.25/31.

vii Veja-se BOLOTIM, David, Tucídides, em História de la Filosofia Política, compilladores Leo Strauss, Joseph Cropsey; trad. de Letícia Garcia Urriza, Diana Luz Sánchez, Juan José Utrilla. México: FCE, 1993, pp. 19/42.

viii Professor de Línguas Clássicas da Universidad Católica de Chile, Estudios Publicos, 11, p. 4.

ix Corrupção Política: mecanismos de combate e fatores estruturantes no sistema jurídico brasileiro, Belo Horizonte: Del Rey, 2016, pp. 2/3.

x A Ideia de Justiça, tradução Denise Bottmann, Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 402.

xi Op. cit., p. 20.

xii Introdução à filosofia, tradução Marco Antônio Casanova, revisão de tradução Eurides Avance de Souza, revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 52.

xiii Id. Ibid. p. 58.

xiv Id. Ibid. p. 58.

xv Sociedade Civil e Corrupção: crítica à razão liberal, in Corrupção e Sistema Político no Brasil / organizadores Leonardo Avritzer, Fernando Filgueiras. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 89.

xvi GALVÃO, Ramiz. Vocabulário Etimológico, Ortográfico e Prosódico das Palavras Portuguesas Devivadas da Língua Grega, Belo Horiznte – Rio de Janeiro, Livraria Garnier, 1994, p. 189

xvii BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo, tradução de Marco Aurélio Nogueira, 13ª edição, São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 27.

xviiiOp. cit., p. 27

xixHistória do Pensamento Político Ocidental, Coimbra: Almedina, 2011, pp.25/31.

xxA Sutileza Bem Humorada de Winston Churchill: suas grandes tiradas, editado por Richard Langworth; tradução Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Odisseia, 2012, p. 199.

xxiOp. cit., p. 200.

xxiild. Ibid., pp. 233 e seguintes.

SISTEMAS DE GOVERNO NA REPÚBLICA

RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA

Professor de Direito Constitucional e Teoria do Estado. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, da Academia Mineira de Letras Jurídicas e do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

Para se escrever sobre Sistemas de Governo na República é preciso, antes, se falar, mesmo que de maneira sucinta, sobre o Poder do Estado e as Formas de Governo.

O grande publicista francês *Georges Burdeau* afirma: “O fenômeno principal na organização da Sociedade não é o Estado, é o **Poder**.”

É importante sempre proclamar que o **Poder do Estado**, elemento formal, reside no **povo**, elemento concreto politicamente ativo da **população** estabelecida em um espaço geográfico, o **território**, o segundo elemento material do Estado. Sabe-se que esse povo, legítimo titular do poder, não o exerce diretamente, numa utópica e impossível **democracia direta**. A primeira delegação se faz para uma Assembleia Constituinte verdadeira, isto é, um colegiado de representantes dotados expressamente de poder constituinte originário, força capaz de elaborar e promulgar a **primeira** Constituição de um novo Estado ou uma nova Constituição para um Estado já historicamente existente. É nesse momento que se vai escolher a forma de Estado (unitário, regionalizado, federativo), a forma de Governo (monarquia ou república) e, dentro da forma de governo, o **sistema de governo** (parlamentarismo, presidencialismo ou semipresidencialismo). Essa é a “hora dramática” de criação e estruturação do exercício do **Poder do Estado**.

2. FORMAS DE GOVERNO

Desde as eras passadas, e até hoje, que se tenta estudar, compreender e explicar a estrutura política das sociedades transformadas em Estados. São incontáveis os tratadistas que abordaram o assunto desde a Antiguidade e a Idade Média. Aqui, vamos nos referir a dois deles, dos maiores: *Aristóteles* e *Maquiavel*.

Aristóteles, há trezentos e mais anos antes de Cristo, classificava as formas de Governo em três **formas normais**: a **monarquia**, a **aristocracia** e a

democracia, que se diferenciavam entre si pelo número de agentes titulares do Poder, mas que se assemelhavam em um ponto: nas três, o Poder era exercido em benefício da coletividade; e as **anormais** seriam a **tiranía**, a **oligarquia** e a **anarquia**, manifestações corrompidas das três formas normais, porque exercitadas em benefício exclusivo dos agentes do Poder.

Já *Maquiavel*, em 1531, classificou as formas de Governo de sua época em duas: a **monarquia**, em que poucos (e não um) participavam do poder, caracterizada pela hereditariedade e pela vitaliciedade dos governantes; e a **república**, governo em que muitos (e não todos) participavam do poder, caracterizando-se pela eletividade e pela temporariedade dos governantes.

3. AS ATUAIS FORMAS DE GOVERNO

Com base nos grandes pensadores acima mencionados e fazendo-se uma comparação das Constituições atuais, vemos que **duas** são as Formas de Governo do mundo contemporâneo: a **monarquia** e a **república**, ambas convivendo, em doses diferentes, com a **democracia**, conforme se distribua o exercício do Poder em suas estruturas.

Com o ápice da Revolução, que prefiro chamar de “Anglo-Franco-Americana” mais do que apenas Revolução Francesa, os reinados do mundo europeu, já no século XVIII, para sua própria sobrevivência e pela vontade de seus povos, embora não abrindo mão de suas características básicas (hereditariedade e vitaliciedade do monarca), adotaram o **parlamentarismo** com eleições e indicação do Chefe de Governo (Primeiro-Ministro). Daí surgiram as monarquias “limitadas”, de que são exemplos atuais e importantes a Grã-Bretanha, a Espanha, a Bélgica e a Suécia.

Por outro lado, as repúblicas “suavizaram” aquelas características rígidas apontadas por *Maquiavel*, reservando a eletividade e a temporariedade somente, como afirma *Geraldo Ataliba* para os “exercentes de funções políticas (chefes do Executivo e legisladores) consolidando-se, então, “as repúblicas democráticas indiretas ou representativas”.

4. OS ÓRGÃOS DO PODER

Segundo o eminente professor português *Jorge Miranda*, “a centralização do Poder no Estado atrofia a sociedade”. E é verdade: desde a introdução deste texto, procura-se demonstrar que o problema mais complexo do Estado de Direito, monárquico ou republicano, está na delegação e na distribuição do Poder.

Por isso é que, a partir do início do século XIX, os Estados democráticos do mundo, monárquicos ou republicanos, passaram a adotar a vitoriosa doutrina de *Charles Louis de Sécondat*, *Barón de Montesquieu*, cujo núcleo é o seguinte: “Para que o Poder limite o Poder, é preciso que haja a separação de órgãos, a especialização de funções e a cooperação entre esses órgãos”.

A primeira constituição orgânica do mundo a adotar, no seu texto enxuto, tal doutrina, foi a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte (1787). Ali, no sintetismo de seus sete artigos originais, aprimorada pelo *system of checks and balances*, está a distribuição do Poder do Estado por três órgãos distintos, independentes, sim, mas interligados em seu funcionamento: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

5. AS ESTRUTURAS DO EXECUTIVO

O objetivo deste artigo, como anunciado em seu título, são os sistemas de governo na República. É preciso, antes, conceituar as estruturas de Executivo apenas nos governos republicanos para chegar ao nosso específico tema.

Como o Executivo, por sua tarefa administrativa, manipuladora de orçamentos e responsável por negociações internacionais, acaba sendo, dos três órgãos montesquianos, aquele mais dotado de poder político, surgiu a preocupação de estruturá-lo devidamente. E três são as principais estruturas de Executivo encontradas no Direito Constitucional Comparado contemporâneo: a monocrática, a dualista e a colegiada.

Na estrutura **monocrática**, encontra-se uma só figura, o Presidente da República, na titularidade do Poder Executivo, exercendo, ao mesmo tempo,

as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo. É o que se vê, com nitidez, nas **repúblicas presidencialistas**, como os Estados Unidos (que a criaram), o Brasil e a Argentina.

Na estrutura republicana **dualista**, vamos encontrar duas figuras partilhando a função executiva. É o que acontece nas **repúblicas parlamentaristas**, como a Itália e a Alemanha e nas **repúblicas semipresidencialistas**, como a França e Portugal. Nesse tipo de estrutura, é que vamos ter, marcadamente, o Presidente como Chefe de Estado e o Primeiro-Ministro como Chefe de Governo.

Por fim, na estrutura **colegiada**, de que é exemplo completo, e praticamente único, a Suíça, encontramos no Executivo uma “diretoria”, sem a existência de um “chefe” de governo.

De acordo, pois, com a estrutura do Executivo, é que classificamos os **sistemas** ou **regimes** de governo nas repúblicas.

6. OS SISTEMAS DE GOVERNO NAS REPÚBLICAS

Com base em textos constitucionais e em meu livro “Direito Constitucional Comparado” (Editora Del Rey) vamos cuidar agora, com mais detalhes, dos **sistemas** ou **regimes** de governo nas Repúblicas de hoje, merecedoras do adjetivo **democráticas**. Este é o momento para se tentar conceituar devidamente:

- a. **o parlamentarismo**
- b. **o presidencialismo**
- c. **o semipresidencialismo**

6.1. O PARLAMENTARISMO

Podemos dizer que o parlamentarismo nasceu na evolução da Grã-Bretanha. Os monarcas britânicos, a partir do Século XVIII, para facilitar sua administração, passaram a escolher os seus ministros na corrente partidária majoritária nas duas *Houses of Parliament*.

Depois da experiência britânica, várias repúblicas europeias passaram a adotar, em textos constitucionais, o parlamentarismo, sistema que, na forma republicana, se caracteriza pela separação de funções, mas com um Executivo **dualista** (o chefe de Estado é o Presidente da República e o chefe de Governo é o Primeiro-Ministro); pela **interdependência** aberta e flagrante (e não independência) entre o Executivo e o Legislativo, já que é do Parlamento que sai o Primeiro-Ministro (ou **Premier**); pela importância **política** do órgão legislativo que, além de elaborar as leis, é capaz de formar e derrubar o “Governo”, com suas moções de confiança ou de censura; pela eleição **indireta** do Presidente da República pelos próprios parlamentares. Daí a importância máxima das eleições legislativas nos Estados republicanos que adotam esse sistema, como a Itália, a Alemanha, a Irlanda.

6.2. O PRESIDENCIALISMO

Criado pelos norte-americanos em 1787, o Presidencialismo é o sistema que adotamos, no Brasil, desde a institucionalização de nossa República em 1891.

Segundo o saudoso e notável constitucionalista português *Marcello Caetano*,

“os autores da Constituição norte-americana tinham verificado, na experiência da Confederação (1776 a 1787), ser indispensável um Poder Executivo eficiente, isto é, individualizado numa pessoa responsável com autoridade para tomar iniciativas e pô-las em prática. Por outro lado tinham visto que, em muitos Estados (do mundo), o predomínio das câmaras legislativas havia produzido um excesso de verbalismo paralisador da administração pública e destruidor da disciplina social.”

Os americanos, portanto, na famosa Convenção de Filadélfia, em sua sintética constituição (em vigor há 228 anos), criaram um sistema de governo que se caracteriza pela separação de funções (legislativa, executiva e

judiciária); por um Executivo unipessoal (monocrático); pela independência entre o Executivo e o Legislativo, com uma interdependência por coordenação, evidenciada pelo sistema de freios e contrapesos, cujo melhor exemplo é a elaboração legislativa (pelo Congresso); o veto ou sanção (pelo Presidente da República); o controle de constitucionalidade das leis (pelo Judiciário); e pela eleição direta ou indireta do Presidente. **Indireta**, como nos Estados Unidos, **nunca** pelo Parlamento e, sim, por um colégio eleitoral formado por cidadãos-delegados, **sem** a participação dos congressistas (deputados e senadores). Ou **direta**, como no Brasil, por sufrágio popular e universal. Além dos EUA e do Brasil, já citados, podemos dar, como repúblicas presidencialistas atuais, o México, a Argentina, a Islândia, o Senegal, Bangladesh.

No presidencialismo, vamos encontrar, então, dois órgãos políticos: o **Presidente** e o **Congresso** (neste caso não se deve usar a denominação “parlamento”).

6.3. O SEMIPRESIDENCIALISMO

Dos três sistemas de governo republicano, este é o mais novo. Devido a insucessos do parlamentarismo puro na Itália e na própria França, a Constituição Francesa da 5ª República (1958) criou uma nova estrutura de governo, que foi chamada, a princípio, de parlamentarismo **imperfeito** ou parlamentarismo **misto**. A Constituição Portuguesa de 1976 adotou sistema semelhante ao francês, com a denominação mais adequada de **semipresidencialismo**. Em França, também, passou-se a adotar o adjetivo “semipresidencial”, como afirma o ilustre professor *Jean Luc Parodi*, Diretor do Instituto de Ciência Política daquele país.

Tal sistema ou regime de governo republicano se caracteriza por um Executivo **dualista** (Presidente e Primeiro-Ministro); pela independência entre o Presidente (que é Chefe de Estado) e o Legislativo (Parlamento); pela interdependência clara entre o Primeiro-Ministro e o Legislativo (este, como verdadeiro Parlamento, aprova moções de confiança ou de censura ao Ministério ou “Governo”, podendo, até mesmo, derrubar esse Governo); pela

eleição **direta** do Presidente da República, ao qual a Constituição reserva atribuições menores do que as dos presidentes das repúblicas presidencialistas, mas bem maiores que as dos presidentes das repúblicas parlamentaristas (interessante, a respeito dos poderes presidenciais, comparar as constituições vigentes da Itália/parlamentarista e de Portugal/semipresidencialista. No semipresidencialismo, temos, portanto, **três** importantes órgãos políticos: o Primeiro-Ministro, escolhido pelo Parlamento, e o Presidente da República, sendo que esse último, contando com o sufrágio popular, exercerá um salutar poder moderador e não só a chefia representativa ou protocolar do Estado.

7. CONCLUSÃO (PELO SEMIPRESIDENCIALISMO)

Concordamos com o grande e saudoso jurista *Miguel Reale*, que os sistemas ou regimes de governo, por si sós, não resolvem todos os problemas do Estado. Mas a boa e específica escolha de um deles pode ajudar. E, em nossa opinião **pessoal**, entendemos que, para o Brasil, que é uma federação, seria interessante pensar-se na estrutura **dualista** de Executivo, com o sistema **semipresidencialista**.

Lembramos, com *Jorge Miranda*, o jurconsulto da Universidade de Lisboa, que o semipresidencialismo afasta-se do presidencialismo por conter um “Governo” separado do Presidente da República e um Parlamento que o Presidente pode dissolver (nos termos e situações previstos na Constituição); aproxima-se dele (Presidencialismo) por excluir a dependência política entre o Presidente e o Parlamento, nas funções de Estado enumeradas na Lei Maior. Afasta-se também o semipresidencialismo do parlamentarismo por este reduzir a Presidência a simples magistratura moral ou, quando muito, a uma função arbitral (registre-se que no parlamentarismo, o Presidente da República é também, como o Primeiro-Ministro, eleito pelo Parlamento e a ele se vincula). E, por fim, ainda segundo o mestre lisboeta, o semipresidencialismo se aproxima do parlamentarismo, por implicar numa comunicação permanente do “Governo” (Primeiro-Ministro) com o Parlamento.

Como ensina *José Afonso da Silva* (fazendo-nos pensar no tumultuado Brasil de hoje), “é certo que o sistema presidencialista não é institucionalmente apto para enfrentar graves situações de crise”

A concentração de poder executivo no Presidente (ou na “Presidenta”) atrai as crises para sua **pessoa**, com desgaste pessoal, às vezes fatal. O que pode levar à renúncia traumática ou a um “*impeachment*” ou, o pior, num golpe de Estado, que derruba o Presidente ou o transforma em um Ditador.

E já no parlamentarismo puro, o Parlamento acaba sendo um único órgão de prestígio e de força política.

Tivemos a oportunidade de escolher o sistema semipresidencial em 21 de abril de 1993, quando o **povo** brasileiro, com toda sua soberania, ao responder aquele mal formulado plebiscito, preferiu decidir pela manutenção do **presidencialismo**...

Fecho com os Doutores *Jorge Miranda*, já aqui citado, e *Marcelo Rebelo de Souza*, também catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que explicam e defendem o **semipresidencialismo**, em boa hora adotado na Carta Portuguesa de 1976 e aprimorado nas revisões constitucionais seguintes.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAETANO, *Marcello*. Direito Constitucional (Direito Comparado, teoria geral do Estado). *Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1.*

FIUZA, *Ricardo Arnaldo Malheiros*. *A revisão na Constituição Portuguesa*. *Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 15. Rio de Janeiro, 1993.*

FIUZA, *Ricardo Arnaldo Malheiros*. *Direito Constitucional Comparado. 5. Ed. (3ª tiragem). Belo Horizonte: Del Rey, 2015.*

HOLDER, *Angela Roddey*. *The meaning of the Constitution. New York: Barron's Educational Series, 1987.*

JENNINGS, *Sir William Ivor*. A Constituição Britânica. Trad. Carlos Alberto Lamback. Brasília: Ed. UnB, 1981.

MELO FRANCO, *Afonso Arinos de*. Algumas instituições no Brasil e nos Estados Unidos; um estudo de direito constitucional comparado. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MIRANDA, *Jorge*. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1988 / 2001, t. I a VI.

MIRANDA, *Jorge*. Textos constitucionais estrangeiros. Suplemento da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1974.

ROCHA, *Isabel*. Constituição da República Portuguesa. Porto: Porto Editora. Edição acadêmica, 2009.

SANTI-ROMANO. Princípios de direito constitucional geral. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

SILVA, *José Afonso da*. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUSA, *Marcelo Rebelo de*. Constituição da República Portuguesa e legislação complementar. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1992.

TSCHANI, *Hans*. Profil de La Suisse. Lausanne: Spes, 1972.

**Belo Horizonte, 15 de novembro de 2015.
(Dia da República do Brasil)**

**INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DO PARANÁ**

CAIXA DOIS ELEITORAL, DOAÇÕES ELEITORAIS E CORRUPÇÃO

ALAOR LEITE

Alaor Leite é mestre e doutorando na Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique, e assistente científico (Wissenschaftlicher Mitarbeiter) na Universidade de Augsburg, Alemanha.
Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP).

ADRIANO TEIXEIRA

Mestre e doutorando na Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique e bolsista da Capes/DAAD.

1. CRIME E POLÍTICA

Não raro, especula-se sobre a natureza tendenciosa de determinados movimentos legiferantes, que estariam motivados por interesses não generalizáveis de parlamentares plutocratas, de que já nos falava o Lima Barreto cronista¹. Atualmente, contudo, o que poderia ser qualificado de mera especulação ou de perigo ínsito às democracias, transformou-se em fato notório. Referimo-nos, naturalmente, ao PL 4850/16, que compila as chamadas “10 medidas contra a corrupção” propostas pelo Ministério Público Federal. O que deveria ser um debate amplo sobre novos e controversos tipos penais – como o de enriquecimento ilícito e o de “caixa dois” eleitoral – verteu-se em delirante discussão sobre uma inusitada “anistia” da prática pretérita, aparentemente corriqueira, de manutenção de contabilidades paralelas em partidos políticos. É vasto o material jornalístico a esse respeito².

Neste breve espaço, quer-se sobretudo emprestar clareza científica à discussão atual sobre a criminalização do “caixa dois” eleitoral, estampada no PL 4850/16, que marcha a plenos pulmões na Câmara dos Deputados e já conta com o relatório final apresentado pelo Deputado Onyx Lorenzoni³. Como se sabe, o PL 4850/16, além de manter a criminalização

1. Assim a crônica “São Paulo e os estrangeiros”, publicada no periódico “O Debate”, em 1917, republicada em *Faria/Pinto* (Org.), Lima Barreto: Antologia de artigos, cartas e crônicas sobre trabalhadores, Belo Horizonte, 2012, p. 41 e ss.: “Há uma outra violência que é constante, seguida, tenaz e não espasmódica e passageira como a das rebeliões de que falei. Refiro-me à ação dos plutocratas, da sua influência seguida, constante, diurna e noturna, sobre as leis e sobre os governantes, em prol do seu insaciável enriquecimento”.

2. Cf. apenas <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2016/11/reforma-politica-faz-com-que-anistia-para-caixa-2-comece-ser-discutida.html>; <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pacote-anticorruptao-abrira-margem-para-anistia-a-caixa-2,10000085813>; e os <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/valdocruz/2016/11/1829967-anistia-ao-caixa-dois-e-presente-de-natal-antecipado.shtml>; além de editoriais de jornais de grande circulação: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,nao-anistiar-nem-devastar,10000086657>; <http://www.gazetadopovo.com.br/opinioao/editoriais/anistia-ao-caixa-dois-d6vine85h8b0s1ys7g2i1rxof> (último acesso em 10.11.2016).

3. Ver: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1506314&filena me=Parecer-PL485016-09-11-2016

do caixa dois eleitoral originariamente prevista nas “10 medidas”⁴, ampliou consideravelmente o alcance do tipo penal, sem qualquer justificativa convincente⁵.

Em torno do tema do “caixa-dois eleitoral” e sobretudo da proposta legislativa de criminalização autônoma dessa conduta, são três os pontos que merecem urgente discussão. O primeiro revela-se absurdo: a discussão parlamentar sobre a *anistia* de práticas passadas de contabilidade paralela em partidos políticos (II.). O segundo e o terceiro pontos são simplesmente assumidos como verdadeiros no debate público, sem maiores reflexões: *a relação entre corrupção e “caixa dois eleitoral”* (III.) e a discussão sobre *as razões que fundamentariam a criminalização autônoma do “caixa dois” eleitoral* (V.). O primeiro ponto, muito debatido, funda-se em monumental engodo, endossado pela má compreensão do segundo, e constituem o objeto de considerações preliminares (IV.). O terceiro, escassamente debatido, será tratado no derradeiro tópico.

4. “Art. 32-A. Manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral. Pena – Reclusão, de dois a cinco anos. § 1º Incorrem nas penas deste artigo os candidatos e os gestores e administradores dos comitês financeiros dos partidos políticos e das coligações. § 2º A pena será aumentada de um terço a dois terços, no caso de algum agente público ou político concorrer, de qualquer modo, para a prática criminosa”

5. “Art. 354-A. Arrecadar, receber, manter, movimentar, gastar ou utilizar, o candidato, o administrador financeiro ou quem, de fato, exerça essa função, o dirigente e o integrante de órgão de direção de partido político ou coligação, recursos, valores, bens ou serviços estimáveis em dinheiro, paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa. § 1º As penas serão aplicadas em dobro se os recursos, valores, bens ou serviços de que trata o caput forem provenientes de fontes vedadas pela legislação eleitoral ou partidária ou extrapolarem os limites nelas fixados. § 2º Incorre nas penas do caput e do § 1º quem doar, contribuir ou fornecer recursos, valores, bens ou serviços nas circunstâncias neles estabelecidas. § 3º Aplicam-se as penas previstas no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo sem prejuízo das sanções previstas no Código Penal e na legislação extravagante cujos crimes sejam de competência da justiça comum.”

2. A “ANISTIA” DE CRIME INEXISTENTE

A mera conduta de manter contabilidade paralela em partido político, uma pessoa jurídica de direito privado (Art. 17, § 2º, Constituição da República; art. 1o, L. 9096/95), não constitui crime, segundo a lei vigente. A criminalização autônoma dessa conduta, se praticada em partidos políticos – como se sabe, o “caixa dois” pode ser criminoso se praticado em instituição financeira (art. 11., L. 7.492/86) – é defendida com vigor na proposta do Ministério Público Federal, incorporada ao PL 4850/16, que tramita na Câmara, mas também no PLS 348/16, que tramita no Senado.

O que originariamente deveria ser uma discussão ampla sobre novos tipos penais verteceu-se em discussão sobre a anistia, tema que protagonizou indevidamente o debate mesmo no dia de apresentação do relatório final⁶. Como é cediço, o conceito jurídico de anistia vem sendo, nos últimos tempos, vulgarizado em praça pública. Há pouco, discutiu-se a anistia de crimes tributários e de lavagem de dinheiro no âmbito do RERCT, estabelecida como política econômica de governo, e, agora, oferta-se a “anistia” de um crime inexistente, algo como uma herança de pessoa viva. No Direito Penal, pode ocorrer de uma lei posterior tornar mais grave a punição de um crime já existente, caso em que a lei menos grave seria de se aplicar. Pode ocorrer também de uma lei nova criminalizar fato anteriormente impunível, com o que os fatos anteriores à nova lei jamais serão alcançados. Como já se disse, o mero fato de manter caixa dois em partidos políticos não constitui prática criminosa segundo a lei vigente. Há, assim, uma decisão convicta do legislador pátrio no sentido de não criminalizar, *sem mais*, essa conduta.

6. “Para Lorenzoni, o substitutivo, da maneira como foi apresentado, não permite anistia do crime de caixa dois. Ele disse isso ao responder questão levantada pelo deputado Ivan Valente (Psol-SP). ‘Pelo que está aqui, não há retroatividade. Ao tipificar o crime, o caixa dois não será perdoado, não haverá anistia’, comentou Valente. ‘Não tem anistia para caixa dois. Ou a denúncia vai pelo Código Penal ou pelo Código Eleitoral’, respondeu o relator”, in: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/519155-RELATOR-PROPOE-CRIMINALIZAR-CAIXA-2-ELEITORAL-E-TORNAR-CORRUPCAO-CRIME-HEDIONDO.html>

Aqui, o que se tem é nada mais, nada menos do que a incidência da proibição constitucional de retroatividade da lei penal maléfica ao acusado (art. 5o XL Constituição da República). Evidentemente, a manutenção do caixa dois eleitoral pode estar conectada a outros fatos, estes sim criminosos, como a falsidade ideológica eleitoral, o crime tributário⁷, a lavagem de dinheiro, mas sobretudo a corrupção, como se verá ainda abaixo (III). Aqui, uma lei penal futura que criminalize autonomamente o caixa dois eleitoral não implicará na vedação de punir casos passados de contabilidade paralela como casos de corrupção ou de outros delitos já previstos ao tempo da prática das condutas, desde que preenchidos outros requisitos. O desafio é avaliar a presença desses outros requisitos, na medida em que a decisão de deixar impune a mera manutenção da contabilidade paralela deve ser respeitada.

Esse desvirtuamento do debate deve ser atribuído ao encaminhamento da discussão parlamentar, e não aos proponentes originários da nova criminalização. Um cientista de língua mais ferina poderia avançar o argumento de que, no fundo, o que se busca é uma impronunciável *anistia de crimes de corrupção*, mas tal seria por demais especulativo, e não teria lugar nem na República de Bruzundanga, de que nos falava o Lima Barreto romancista satírico⁸. Sob todos os ângulos, não há qualquer sentido em sequer discutir uma “anistia” nesse contexto, com o que o debate público brasileiro atual escaparia mesmo à imaginação de Buñuel. Esse espetáculo deprimente revela-se, ademais, pernicioso, pois desvia o foco do essencial. Enquanto discutimos a “anistia”, esquecemos de discutir a legitimidade dos novos tipos penais. A rigor, parece haver uma confusão conceitual que antecede essa difundida “anistia”. Essa confusão decorre de um mal-entendido em torno da relação entre “caixa dois” eleitoral e corrupção.

7. Sobre isso, mais especificamente sobre a relação entre corrupção e crimes tributários, ver o artigo de Heloísa Estellita e Aldo de Paula Júnior “Consequências tributárias e penais-tributárias da corrupção”, em: *Leite/Teixeira* (Org.), Crime e Política: Corrupção, financiamento ilegal de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito, FGV: São Paulo, 2017, no prelo.

8. Assim o escrito satírico “Os Bruzundangas”, de Lima Barreto, inspirado na nossa Primeira República.

3. A RELAÇÃO ENTRE CAIXA DOIS ELEITORAL E CORRUPÇÃO

Se a discussão sobre a “anistia” é fruto de demiúrgica imaginação plutocrática, a má compreensão da relação entre caixa dois eleitoral e corrupção e a ausência de uma fundamentação forte para a criminalização autônoma do caixa dois eleitoral podem ser atribuídas tanto aos proponentes originários e derivados do projeto – loquazmente lacônicos a esse respeito –, quanto à parcela da ciência que, injuriada, não soube entabular uma discussão racional até o momento. Na discussão parece haver, igualmente, uma mixórdia conceitual de duas coisas diversas: uma, o ato de financiar irregularmente um partido político; outra, a manutenção, no interior do partido, de uma contabilidade paralela. Quando se fala em “caixa dois”, é apenas da segunda que se trata.

É, de fato, difícil estabelecer o limite entre *mera doação eleitoral (regular ou irregular)* e *corrupção*. O discurso de justificativa de uma possível criminalização das doações irregulares ou do caixa dois eleitoral vive, a despeito dessa questão-limite, da suposição de que ambos os fenômenos relacionam-se de maneira necessária, e que o enfrentamento do segundo exige a criminalização do primeiro. Em geral, costuma-se associar vultosas doações eleitorais por parte de grandes companhias ou de sujeitos opulentos a pagamentos de “propina” em troca da obtenção de contratos ou outras vantagens perante a Administração Pública. Estabelece-se, assim, uma *relação simbiótica e automática entre doações vultosas e “propina”*. Essas doações vultosas seriam posteriormente mantidas em contabilidade paralela. Por outro lado, muito comum é o argumento defensivo, utilizado tanto pelos partidos políticos quanto pelas empresas ou pessoas doadoras, segundo o qual as *doações teriam sido realizadas regularmente*, ou seja, teriam sido registradas devidamente na Justiça Eleitoral, o que afastaria a pecha de corrupção.

A rigor, ambas as associações acima descritas apresentam saltos argumentativos: *nem a associação automática entre doação vultosa ou ilegal*

e corrupção, nem o argumento de que a regularidade afastaria a existência de corrupção são, por si, pertinentes. Dito mais concretamente, é possível falar em corrupção em casos em que a doação foi regular segundo os padrões do direito eleitoral e, inversamente, é perfeitamente possível chegar-se à conclusão de que não houve corrupção em casos de doações vultosas e irregulares. A discussão é mais complexa do que fazem crer as apressadas associações referidas, pois exige uma intensa reflexão sobre o conceito de *vantagem indevida* e também sobre a necessidade de uma conexão entre a vantagem e o exercício da função, o chamado “*pacto de injusto*” da corrupção⁹. O que se pode adiantar é que a doação irregular, seguida ou não da constituição de um caixa dois, pode ser, no máximo, ato executório, por exemplo, de lavagem de dinheiro ou um ato preparatório para o cometimento de um número indeterminado de delitos, que podem ser de corrupção ou não, de modo que essa conduta pode ser empírica, mas não conceitualmente próxima da corrupção.¹⁰

É fácil imaginar a hipótese de uma doação irregular e de um caixa-dois, sem a realização dos tipos penais de corrupção, a partir do seguinte exemplo hipotético: o candidato X, participando de sua primeira eleição, vendo-se atrás nas pesquisas, sente a necessidade de incrementar sua campanha e precisa de dinheiro. Seu amigo Y, sujeito riquíssimo, cujo patrimônio provém essencialmente de herança familiar, está disposto a ajudá-lo mais uma vez. Porém, por já ter realizado uma vultosa doação anteriormente no começo da campanha, não pode fazê-lo novamente sem extrapolar o limite do art. 23, § 1º, I, da Lei 9.504/97. Mesmo assim, Y faz a doação, de maneira não declarada, em uma conta separada, e X não a contabiliza em conta específica e declarada, conforme manda a legislação eleitoral (art. 22, L. 9504/97). Ao final, mesmo com esse incremento na campanha, X não se elege. Neste exemplo, não há que se falar em corrupção, pois X não ocupa e sequer vem a

9. Cf. *Greco/Teixeira*, Aproximação a uma teoria da corrupção, em: Revista Brasileira de Direito Penal Econômico 2016 (no prelo); e em: *Leite/Teixeira* (Org.), Crime e Política: Corrupção, financiamento ilegal de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito (no prelo).

10. Idem, ibidem.

ocupar um cargo público no futuro. Além disso, mesmo se eleito, Y não exigiu qualquer “contraprestação” por parte de X, não tentava obter qualquer vantagem com a eleição de seu amigo. A futura criminalização do caixa dois não atingiria, *retroativamente*, esse caso, mas sim casos semelhantes praticados após a aprovação da lei.

Por outro lado, também são facilmente imagináveis casos de corrupção por meio de *doações regulares* e *na ausência de caixa-dois*. Tenha-se em mente novamente um caso hipotético, porém bem próximo da realidade: antes da decisão do STF na ADI 4650 proibindo doação por parte de empresas e das recentes modificações na lei eleitoral nesse sentido, diz um Senador A, que tenta a reeleição e possui grande influência junto a uma empresa estatal, a um empreiteiro B: “doe cinco milhões de reais ao meu partido, *de forma declarada*, que garanto que sua empresa participará das obras mais importantes da empresa estatal P”. A contabiliza regularmente o dinheiro recebido na conta da campanha. Ainda que neste espaço não se possa mostrar com o todo detalhamento técnico-dogmático¹¹, seria já contraintuitivo dizer que não se trata de um caso de corrupção. Além disso, não haveria qualquer óbice para a punição dessas condutas, pois mesmo se aprovada a criminalização do caixa dois juntamente com a absurda hipótese de “anistia”, esta não alcançaria os delitos de corrupção passiva e ativa de nosso Código Penal (Arts. 317 e 333).

O nosso ponto aqui é, repita-se: *doações ilegais podem servir de indício, mas não constituem por si só crime de corrupção e doações legais não excluem de antemão a realização dos tipos penais de corrupção*. Como dito, a associação entre doação irregular e corrupção pode existir, mas não é de nenhuma maneira automática. Não terá escapado ao leitor que mais contingencial ainda parece ser a *relação entre corrupção e contabilidade paralela*, o caixa dois eleitoral propriamente dito: a doação regular, mas que represente vantagem indevida que visa a uma contraprestação, pode perfeitamente ser contabilizada; a doação irregular, que não poderá ser contabilizada, pode nada ter a ver com atos de corrupção. Talvez da insatisfação com essa relativa

11. Cf. nosso estudo *Leite/Teixeira*, Financiamento de campanhas políticas, caixa dois eleitoral e corrupção, a ser publicado na obra citada acima.

independência entre corrupção e caixa dois eleitoral e, por consequência, com a possível não punibilidade dessa prática no caso concreto à minguada do preenchimento dos requisitos dos tipos penais de corrupção, decorra a necessidade de discutir a criminalização autônoma do caixa dois eleitoral.

4. CONCLUSÃO PROVISÓRIA

Expor as vísceras desse embuste que é a “anistia” de crime inexistente e debater a relação entre “caixa dois” eleitoral e corrupção são pressupostos para uma *discussão racional* do problema da criminalização autônoma do “caixa dois” eleitoral. Em verdade, parte da confusão que marca o debate público deriva de uma má compreensão da relação entre doação eleitoral, caixa dois e corrupção. O que parece escapar à atenção dos participantes do debate é: a) nem toda doação irregular e nem todo caixa dois constitui crime de corrupção; b) uma doação regular e a ausência de um caixa dois não afastam de antemão a possibilidade da prática de um delito de corrupção. O debate atual padece de enorme falta de rigor técnico. Impossível não rememorar o PLS 236/12, igualmente marcado pelo desleixo técnico dos debates. A discussão sobre as leis do porvir – e é essa a esperança que anima a ciência em seu mister – deve ser travada por atores públicos da razão, e não por seres extraordinariamente rarefeitos que dela prescindem – os tais homens que sabiam javanês, de que nos falava o Lima Barreto contista¹².

5. A PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO DO “CAIXA DOIS” ELEITORAL

5.1. CIÊNCIA EM TEMPOS DE REFORMA

Ao cientista em tempos de reforma, em sua renitente vigília, incumbe a tarefa de exigir racionalidade na confecção das leis do porvir, mesmo e especialmente quando a suspeita de nu arbítrio sequer apresenta o disfarce

12. ver *Lima Barreto*, *Melhores contos*, Assis Barbosa (org.), São Paulo, 2002, p. 50 e ss.

de praxe¹³. Neste derradeiro tópico, cumpre-nos proceder a uma breve análise da proposta de criminalização do caixa eleitoral realizada pelo Ministério Público Federal e encampada pelo Parlamento.

A seguir, primeiramente serão reproduzidas as propostas de criminalização do caixa dois eleitoral e crimes conexos (II.) Na sequência, será analisada criticamente a fundamentação da criminalização autônoma do caixa dois eleitoral oferecida nessas propostas (III.). Ao fim, na conclusão deste texto serão esboçadas o que consideramos as bases de uma discussão racional, ainda inexistente (IV.).

5.2. O PL 4850/16 E O “CAIXA DOIS” ELEITORAL

A mera conduta de manter contabilidade paralela em partido político, uma pessoa jurídica de direito privado (Art. 17, § 2º, Constituição da República; art. 1o, L. 9096/95), não constitui, segundo a lei vigente, crime – como já foi dito. A criminalização autônoma dessa conduta, se praticada em partidos políticos é defendida com vigor na proposta do Ministério Público Federal, incorporada ao PL 4850/16, mas também no PLS 348/16 e no PL 6368/16, que institui o Fundo Especial de Financiamento da Democracia (FFD). No PL 4850/16, inicialmente propunha-se a inclusão de um novel art. 32-A ao Código Eleitoral, de seguinte teor: “Art. 32-A. Manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral. Pena – Reclusão, de dois a cinco anos. § 1º Incorrem nas penas deste artigo os candidatos e os gestores e administradores dos comitês financeiros dos partidos políticos e das coligações. § 2º A pena será aumentada de um terço a dois terços, no caso de algum agente público ou político concorrer, de qualquer modo, para a prática criminoso”. O relatório recentemente apresentado ampliou consideravelmente o espectro do tipo

13. *Leite*, Ciência em tempos de reforma penal: a hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira, Boletim IBCCrim 264 (2014), p. 17 e ss. (republicado em <http://emporiododireito.com.br/ciencia-em-tempos-de-reforma-penal-a-hora-e-a-vez-da-ciencia-juridico-penal-brasileira/>); sobre a mais nova tentativa de reforma penal, *Leite/Teixeira* (Org.), Crime e Política: Corrupção, financiamento ilegal de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito, no prelo.

penal originariamente proposto, e deve seguir para votação com a seguinte redação: “Art. 354-A. Arrecadar, receber, manter, movimentar, gastar ou utilizar, o candidato, o administrador financeiro ou quem, de fato, exerça essa função, o dirigente e o integrante de órgão de direção de partido político ou coligação, recursos, valores, bens ou serviços estimáveis em dinheiro, paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa. § 1º As penas serão aplicadas em dobro se os recursos, valores, bens ou serviços de que trata o caput forem provenientes de fontes vedadas pela legislação eleitoral ou partidária ou extrapolarem os limites nelas fixados. § 2º Incorre nas penas do caput e do § 1º quem doar, contribuir ou fornecer recursos, valores, bens ou serviços nas circunstâncias neles estabelecidas. § 3º Aplicam-se as penas previstas no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo sem prejuízo das sanções previstas no Código Penal e na legislação extravagante cujos crimes sejam de competência da justiça comum”. Havia, ainda, a previsão de forma de lavagem de dinheiro eleitoral, cujo marco penal seria idêntico ao atualmente vigente na L. 9.613/98. No relatório, houve-se por bem acrescentar à Lei 9613/98 o seguinte: “§ 2º-A Constitui crime contra a ordem econômico-financeira a prática das condutas previstas no caput e §§ 1º e 2º na atividade eleitoral ou partidária, incorrendo o agente nas penas neles cominadas”.

5.3. A FUNDAMENTAÇÃO AUTÔNOMA DO CRIME DE “CAIXA DOIS” ELEITORAL

Ao contrário de o que ocorre em relação a temas como o teste de integridade, a utilização de provas ilícitas obtidas de boa fé, a limitação do habeas corpus¹⁴, parece haver preocupante consenso no debate público sobre

14. Constantes da proposta original, mas em parte retiradas de pauta: <http://www.conjur.com.br/2016-out-31/restricao-hc-retirada-projeto-lei-10-medidas-mpf>. As restrições aos direitos de defesa foram defendidas com vigor por Deltan Dalagnoll, que atribui a resistência a essa proposta à “experiência da ditadura” (<http://www.conjur.com.br/2016-set-14/deltan-culpa-ditadura-resistencia-reducao-direitos-reu>). Como solitário exemplo de “país” que combateu a corrupção com sucesso Deltan e Orlando Martello, em outro artigo (<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/10/1827555-la>

a necessidade de criminalização do “caixa dois” eleitoral. Esse consenso está baseado no silêncio, uma espécie de consenso presumido. Ao PL 4850/16, é verdade, não se pode imputar a clandestinidade que marcava o PLS 236/12¹⁵. Foram mais de uma centena de audiências públicas – das quais participaram vigorosamente juristas de grande renome, como Juarez Cirino dos Santos, Lênio Streck e outros – e o público mal consegue abrir um jornal sem que seja confrontado por uma notícia a esse respeito. A discussão não peca por sua timidez, mas pelo que omite.

Qualquer análise de movimento legiferante deve iniciar-se pelas justificativas concedidas pelos reformadores. No PL 4850/16, na p. 72, pode-se ler: “Propõe-se, também, a alteração da Lei das Eleições, Lei nº 9.504/1997, para tipificar, como crime, a conduta do ‘Caixa 2’ –art. 32-A – e a variante eleitoral da Lavagem de Dinheiro, art. 32-B. São situações que apresentam “dignidade penal”, em razão de sua grande repercussão nas disputas eleitorais, que podem ser por essa prática desequilibradas. Além disso, há insuficiência das sanções extrapenais, como a rejeição das contas de candidatos ou partidos e mesmo a cassação do diploma que, por definição, só alcança candidatos eleitos”. Sobre os delitos de caixa dois e lavagem de dinheiro eleitorais, os consultores legislativos da Câmara limitaram-se a anunciar farisaicamente: “A criminalização das condutas descritas também está de acordo com a Constituição e o sistema jurídico brasileiro, e se justificam (sic)

va-jato-de-onde-veio-e-para-onde-vamos.shtml) indicam Hong Kong, que integra oficialmente a China, uma conhecida ditadura (veja-se o artigo de Mario Sergio Conti, <http://www.conjur.com.br/2016-nov-08/conti-antes-silenciosos-agora-moro-dallagnol-deram-falar>. Recentemente, deflagrou-se grave crise e protestos sobre a intervenção da China em Hong Kong, noticiada pela imprensa internacional: <http://www.bbc.com/news/world-asia-29413349>; <http://www.tagesschau.de/ausland/hongkong-499.html>; <https://www.theguardian.com/world/2016/nov/08/hong-kong-lawyers-protest-march-china-political-crisis>. Cf. também, propondo o fatiamento do projeto das dez medidas, de modo que as propostas que afetem o sistema processual penal sejam discutidas no âmbito das reformas do Código Penal e do Código de Processo Penal, o artigo de Caio Paiva, <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/tribuna-defensoria-projeto-10-medidas-corrupcao-fatiado>.

15. Em detalhes, *Leite* (Org.), Reforma Penal, São Paulo, 2014.

em face da grande sequência de escândalos políticos que (sic) o país tem assistido”. Um volume de publicação oficial do Senado, por sua vez, não peca por falta de sinceridade: “Os benefícios dessa criminalização específica são relativamente claros. A criminalização específica do caixa dois eleitoral traz benefícios em termos efetivos, ou seja, o maior apenamento, já que hoje a conduta é punida a título de mera falsidade. Mas também há benefícios simbólicos, pois, afinal, são conhecidas as forças de corrupção relacionadas a campanhas eleitorais, e a – por assim dizer – tentação dos candidatos em receber recursos de origem duvidosa, o que é um problema suficientemente grave para justificar a incidência específica do Direito Penal na repressão a essa conduta”¹⁶. A grande repercussão nas disputas eleitorais, a insuficiência de sanções extrapenais e também do crime de falsidade eleitoral, além de uma – um tanto feérica – demanda simbólica, justificariam o novo crime. O relatório apresentado no dia 09/11/16, sem qualquer detalhamento e justificativa, simplesmente *ampliou enormemente o alcance do tipo penal*. Além de introduzir sem menção a qualquer argumento um parágrafo que inclui os doadores entre os possíveis autores, prevê a nada proporcional pena de 4 a 10 anos para o caixa dois mantido a partir de doações irregulares (p. 126, Relatório). Embora disfarçados sob a forma de parágrafos adicionados ao caput do art. 354-A, *tratam-se, na verdade, de duas novas condutas puníveis, ou seja, de dois novos tipos penais*, que alteram significativamente o modelo de criminalização proposto originalmente pelo MPF. Infelizmente, não se forneceu fundamentação, nem tampouco explicação para essa mudança.

Em primeiro lugar, não há como deixar de atestar, uma vez mais, o passo trôpego de nossos reformadores em matéria penal. Não é apenas a existência de dois projetos iguais, um em trâmite na Câmara, outro no Senado (PLS 348/16) – se falta um pai à proposta de “anistia”, pululam sinceras figuras

16. *Oliveira et alli* (Org.), Como combater a corrupção? Uma avaliação de impacto legislativo de propostas em discussão no Congresso Nacional, Julho/2015 (texto para discussão n. 179), p. 34, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td179>.

paternas para o “caixa dois” eleitoral¹⁷ –, que deve causar estupor, mas sobretudo o completo alheamento ao PLS 236/12, que visava a reformar todo o Código Penal, e que em seu bojo previa o crime de “doação irregular” e de “caixa dois eleitoral” (art. 344 PLS 236/12¹⁸), com conteúdos e marcos penais diversos dos atualmente propostos. O PLS 236/12, malgrado a sua indefectível imprestabilidade, permanece em trâmite – agora com novo relator, o Senador Anastasia –, sem que os novos reformadores sequer o levem em conta. Como o PL 4850/16 origina-se declaradamente no Ministério Público Federal – as tais “10 medidas” –, e o PLS 236/12 tinha como relator no Senado um ex-membro do MPF, o ex-Senador Pedro Taques, e também contava com um Procurador da República, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves na presidência da Comissão de Juristas, não seria demais exigir uma comunicação interna.

Além de ignorar as outras reformas em curso no país, não se lê na justificativa, e tampouco se escuta nos grandiloquentes discursos proferidos por entusiastas do projeto, referência à candente discussão mundial sobre o tema da corrupção no setor político, do enriquecimento ilícito e, no que mais nos interessa aqui, sobre o financiamento irregular de partidos políticos e o caixa dois eleitoral. Seria por demais egocêntrico imaginar que o acumplicamento do público pelo privado é uma exclusividade brasileira, embora entre nós tal seja realmente fundacional. Apenas para ficar com alguns exemplos, disponíveis a qualquer olhar atento: a Espanha introduziu em 2015 o delito de financiamento irregular de partidos políticos (art. 304 bis, Código Penal Espanhol)¹⁹, existente igualmente em Portugal (art. 28, Lei

17. Ver a matéria “Anistia ao Caixa Dois: uma criança sem pai”, em <http://jota.info/anistia-ao-caixa-dois-uma-crianca-sem-pai>.

18. Doação eleitoral ilegal Art. 344. Fazer doação proibida por lei, para fins eleitorais: Pena – prisão, de dois a cinco anos. § 1o Na mesma pena incorre quem: I – recebe ou aceita doação ilegal; II – deixa de registrar doação feita ou recebida, na contabilidade apropriada. § 2o O juiz poderá deixar de aplicar a pena quando os valores que ultrapassarem os limites legais forem de pequena monta.

19. Ver os estudos de Inés Olaizola, Ivo Coca Vila e Nuria Pastor, in *Leite/Teixeira* (Org.), Op. Cit.

n.º 19/2003)²⁰; na Alemanha, discute-se há muito e com base em grandes casos, o chamado caixa dois eleitoral sob a rubrica do crime de infidelidade patrimonial existente naquele país (§ 266 CP alemão)²¹; em Portugal, foi proferida há pouco relevante decisão do Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade do crime de enriquecimento ilícito (art. 335-A, Código Penal Português), que produziu farta literatura.²²

No PLS 236/12, identificava-se um conflito entre modernismo e autenticidade de que padecia o reformador, ora cioso por demonstrar sua brasilidade, ora deslumbrado por qualquer teoria que ostentasse passaporte estrangeiro – se europeu, melhor²³. Os reformadores atuais não escondem um certo culto à *common law*²⁴ e à operação italiana *mani pulite*, de modo que ou ignoram por completo a discussão mundial a respeito dos temas sobre os quais querem legislar ou omitem deliberadamente do povo brasileiro a existência de um amplo debate existente em democracias modernas, que passaram ou passam por problemas similares ao nosso. As discussões mundiais não se nos apresentam como modelos prontos para uma servil transposição, mas como indispensável material de análise para uma esmerada confecção de leis penais no nosso país.

Sobre o *bem jurídico* protegido pelo e a *redação* proposta para o tipo penal, pode-se e deve-se discutir amplamente. Tal como estava originariamente

20. Bruno Moura, in *Leite/Teixeira* (Org.), Op. Cit.

21. Bernd Schünemann, in *Leite/Teixeira* (Org.), op. Cit.

22. Ver as contribuições de Jorge de Figueiredo Dias, José Francisco Faria Costa, Manuel da Costa Andrade e Pedro Caeiro, em: *Leite/Teixeira* (Org.), op. Cit.

23. Leite, in *Leite* (org.), Reforma penal, p. 19 e ss.

24. A inspiração na *common law* manifesta-se sobretudo na proposta do “confisco alargado”. No entanto, como bem demonstra Guilherme Lucchesi em artigo a ser publicado na obra anunciada acima, o suposto transplante de institutos do moderno direito norte-americano não passa de embuste, pois o instituto proposto assemelha-se, na realidade, a figura arcaica da *commom law*, há muito abandonada (cf. *Lucchesi*, Confisco Alargado: Análise das Medidas para Recuperação de Bens de Origem Ilícita na Experiência Comparada Americana, in: *Leite/Teixeira* (Org.), op. Cit.)

redigido, o tipo penal revelava uma incerteza quanto ao objeto de proteção, provavelmente decorrente da incompreensão do conceito de “caixa dois”. Num primeiro momento, percebe-se que a contabilidade paralela não precisava necessariamente ser composta por verbas de doação de campanha (“...qualquer recurso ou valor...”; amplitude presente também na proposta do relatório: “...recursos, valores, bens ou serviços estimáveis em dinheiro,...”) e também que o foco da criminalização são os partidos políticos, que ocupam o pólo passivo da eventual doação, e não os doadores, no pólo ativo, diferentemente do que ocorre no PLS 236/12. Não havia, assim, criminalização do financiamento irregular de partidos políticos, mas tão somente do “caixa dois eleitoral”. O relatório, sem oferecer qualquer justificativa, inclui no proposto § 2o ao novel art. 354-A, as condutas de “doar, contribuir ou fornecer”, visando a alcançar os sujeitos no pólo ativo. Como solitário argumento permanece a já mencionada relação entre caixa dois e corrupção. Contudo, fica bastante difícil sustentar convictamente que a justificativa do tipo penal encontra-se no combate à corrupção, conforme já se indicou (acima, IV.), e se essa era a intenção, a sua consecução fracassou. Afinal, entre outros motivos, a manutenção de caixa dois eleitoral pode ser mero delito de infidelidade patrimonial por parte dos gestores contra o patrimônio do partido – inexistente entre nós, mas tratado dessa forma na Alemanha, Espanha e Portugal, por exemplo²⁵ – ou pode ser construído como um delito que sonega à autoridade fiscalizadora, aqui a Justiça Eleitoral, as reais informações contábeis, como é o caso da contabilidade paralela no Sistema Financeiro Nacional (art. 11, L. 7.492/86). A questão diz, assim, com o partido político, uma pessoa jurídica de direito privado. Tal como está redigido o tipo penal, fica difícil estabelecer qualquer conexão *normativa* com um delito contra a Administração Pública, com o que a inclusão do dispositivo em PL que cuida da corrupção, dos crimes contra o patrimônio público e do enriquecimento ilícito revela-se, para dizer o mínimo, infeliz. Se a conexão

25. Ver nosso estudo *Leite/Teixeira*, “O principal delito econômico da moderna sociedade industrial” – Observações introdutório sobre o crime de infidelidade patrimonial, in *Revista Brasileira de Direito Penal Econômico* 1 (2016), no prelo.

empírica existe, é tarefa do reformador nos apresentar fundadas pesquisas criminológicas, e não meros slogans tais como “a corrupção mata”. Afinal, não seria impensável que um sempre inconveniente cientista de língua ferina se lhe obtemperasse ao reformador que, da mesma forma, “o encarceramento em massa mata”.

Mais promissor seria discutir abertamente sobre a insuficiência dos tipos penais existentes e também de outros mecanismos eleitorais, cumprindo o que exige o princípio da subsidiariedade²⁶. De um lado, estabelecida a tal relação empírico-contingencial entre corrupção e caixa dois eleitoral, dever-se-ia perguntar sobre a extensão dos limites típicos dos delitos de corrupção ativa e passiva, que, em nosso direito, apresentam grande elasticidade, especialmente se observarmos as últimas interpretações jurisprudenciais²⁷. A suficiência de outros tipos penais, tais como a falsidade eleitoral do art. 350 do Código Eleitoral, também deve ser estudada. Nesse ponto, embora se possa discordar do conteúdo, mais honesto foi o ex-relator do PLS 236/12, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, que se propôs a oferecer argumentos nesse sentido em recente artigo científico, no qual, todavia, afirma ser simplesmente contra o princípio da subsidiariedade²⁸. De outro lado, deve-se verificar a suficiência dos mecanismos eleitorais. Como se sabe, o STF (ADI 4650) proscreeu, há pouco, as pessoas jurídicas de doarem legalmente para as campanhas políticas, o que diminui a quantidade, mas não a importância do dinheiro nos pleitos eleitorais, como percebeu Bruno Reis, em notável artigo na Folha de São Paulo²⁹. Várias estratégias de controle das contas dos

26. Cf. por todos *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tomo I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München, § 2 Nm. 97.

27. Sobre isso *Quandt*, em: *Leite/Teixeira*, op. Cit.

28. “A nosso ver, o Direito Penal deve ser *proporcional e não subsidiário*”, in: *Gonçalves*, Criminalizando o caixa dois, in: <http://jota.info/criminalizando-o-caixa-dois>. De resto, o autor cumpre em parte com o ônus que a rigor caberia aos proponentes, qual seja o de argumentar abertamente a partir de considerações técnicas, fugindo do abrigo confortável dos slogans.

29. *Reis*, Novas regras de financiamento e uma tipologia de nossos políticos, in: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/09/1813664-novas-regras-de-financiamento-e-uma-tipologia-de-nossos-politicos.shtml>

partidos já foram propostas, como a prestação de contas online, proposta por três vezes nos PLs 283/05, 564/11 e 280/12. Curiosamente, o PL 4850/16 propunha nova regulação eleitoral para o caixa dois, ofertando uma série de graves consequências eleitorais, como a responsabilização objetiva dos partidos caso ocorra contabilidade paralela (p. 72, PL 4850/16), o que foi relativamente amainado na versão final do relatório (p. 37, Relatório). Mais razoável seria discutir – ou mesmo testar, por um certo período – a suficiência dessas graves sanções eleitorais, antes de lançar mão de um novo tipo penal.

6. CONCLUSÃO

A multifacetária relação entre *crime e política*, objeto do já citado livro por nós organizado, merece, de fato, a atenção de todos que participam da discussão jurídica brasileira. As críticas ao PL 4850/16, de outro lado, não devem se limitar a sonoros e paupérrimos hinos de lamento, nem tampouco a argentárias disputas institucionais – das quais o relatório é testemunha, ao incluir, de novo sem maiores justificativas e sem conexão temática, no bojo do PL novos crimes de responsabilidade de juízes e membros do Ministério Público, alterando a famosa lei 1079/50 que regula o impeachment (p. 89, Relatório). A suspeita de odioso arrivismo institucional apenas se confirmou com a repentina retirada desse tópico do PL 4850/16, após reunião do relator do projeto com membros do MPF³⁰.

Não é de se descartar de todo que, ao final, chegue-se à conclusão de que é possível ou mesmo imperioso introduzir um novo tipo penal que proíba a manutenção de contabilidade paralela em partidos políticos, indicando que a especial relevância de que gozam as instituições financeiras também atingiria os partidos políticos, ante o seu destaque na consecução dos anseios democráticos de uma nação (art. 17 CR). Seria igualmente possível defender a suficiência dos mecanismos de controle eleitorais, negando a necessidade

30. Veja-se <http://oglobo.globo.com/brasil/relator-retira-proposta-de-punicao-juizes-integrantes-do-mp-20466984> (acesso em 15.11.2016).

de um novo tipo penal. Essas conclusões deveriam, de todo modo, estar baseadas em amplo e prévio debate científico, o que naturalmente exige menos palanque e hashtags, mais biblioteca e livros.

O modelo original proposto pelo Ministério Público Federal de criminalização do “caixa dois eleitoral”, cujo mote político-criminal seria o “combate à corrupção”, não é coerente, e peca por certo desleixo dogmático. As alterações promovidas por ocasião do relatório seguem o mesmo padrão atécnico. A existência mundial de um debate avançado a esse respeito não parece ter sido objeto da atenção dos proponentes, o que lamentavelmente não surpreende: sequer os projetos tramitando em solo nacional foram levados em consideração. Como cientistas, cremos ser possível concordar com o mote político-criminal – a corrupção deve ser combatida – e discordar da mal-aventurada concretização técnica desse anseio. Os cidadãos assinantes das “10 medidas” não tiveram essa oportunidade.

A inegável boa fé dos proponentes originários não torna um projeto deficitário em documento louvável. Afinal, não se trata de mera carta de intenções contra o fenômeno da corrupção, mas de lei penal a ser imposta a todo cidadão brasileiro que, podendo eleger, pode também ser eleito, e para tal valer-se-á de uma agremiação política. Se a boa fé dos proponentes existe na discussão parlamentar, não podemos afirmar. O fato é que há que distinguir as intenções dos parlamentares e as que animam os proponentes originários. Há algo, porém, que aproxima os autores das “10 medidas” e os responsáveis pelo PL 4850/16 no Parlamento. Não obstante o notório e intenso assessoramento de comunicação e marketing de que dispõem, os proponentes originários correm o risco de comunicar algo equivocado ao povo brasileiro. Tais como estão, as propostas manifestam inescapável *contradição performática*: ao ignorarem a discussão científica nacional e internacional, os proponentes privatizam o que deveria ser público, destilando, assim, o veneno que pretendem combater.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEFINIÇÃO DE JURISDIÇÃO PARA PENSAR A REFORMA POLÍTICA

WILLIAM SOARES PUGLIESE

Advogado. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná – IAP. Professor Substituto de Direito Constitucional e Teoria do Estado da Faculdade de Direito da UFPR (2015-2017). Doutor em Direitos Humanos e Democracia pelo PPGD-UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais PPGD-UFPR. Professor Visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR).

1. INTRODUÇÃO

O tema da reforma política suscita diversas discussões no âmbito jurídico. Sob o ponto de vista do direito eleitoral, os juristas se veem diante de um tema bastante complexo e que exige habilidades pouco difundidas no ensino jurídico, uma vez que a grande questão em jogo é a elaboração de regras novas para o sistema de eleições brasileiro. As habilidades do jurista tradicional, porém, são as de identificar o Direito válido e, a partir dele, desenvolver teses, interpretações e relações com os fatos de um determinado caso. Na reforma política, porém, o debate passa pelos critérios de “certo”, “errado”, “justo”, “injusto”, dentre outros.

A atividade de elaborar uma lei, ou um conjunto delas, tem natureza normativa.¹ Trata-se, portanto, de tarefa voltada para a criação de um sistema, marcado pelas noção de ordem e que visa instituir aquilo que é certo em um determinado contexto. No caso da reforma política, isto significa elaborar um novo sistema eleitoral capaz de albergar todas as garantias constitucionais e, ao mesmo tempo, que se revele mais adequado para a realidade brasileira do que o sistema em vigor.

Há, porém, uma premissa que toca a atividade do legislador que não pode ser desconsiderada quando da elaboração de um novo sistema normativo. Se, na origem do Estado Moderno e da escola chamada de Positivismo Jurídico, a criação do Direito era uma prática exclusiva do Poder Legislativo, a concepção contemporânea de Direito aponta para uma estrutura mais complexa e que divide a criação do Direito pelo legislador com sua interpretação pelo Poder Judiciário. Vale dizer: a lei é, hoje, um elemento que compõe o Direito, mas

1. Por normativo, aqui, adota-se a definição de Neil MacCormick. O autor escocês apresenta ao leitor o exemplo de uma fila, que permite a cada pessoa esperar a sua vez para ser atendido em um determinado serviço ou para obter um determinado bem. A prática de fazer uma fila também gera um sentimento de justiça e eficiência, além de produzir certo constrangimento naqueles que visam burlar a espera. É justamente a partir desses elementos que se pode depreender a noção de normatividade: a fila desperta um senso de dever, de fazer o que é certo em um determinado contexto. Este *dever de fazer o que é certo* aponta para a existência de uma norma e para uma expectativa normativa dos envolvidos na prática, pois espera-se que todos ajam de uma certa maneira. MacCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.15.

o Direito não se restringe apenas à validade da lei. Existe, ao lado da lei, um conjunto de práticas interpretativas e argumentativas que confere aos agentes estatais dotados de jurisdição (juízes) a função de complementar o conteúdo do Direito e, porque não, colmatar suas lacunas.

A ideia defendida neste ensaio pode, enfim, ser apresentada: cabe ao legislador reconhecer que a relação entre a lei e o juiz não é mais a mesma que se defendia no início do século XX. O legislador, atento à realidade, deve considerar que o Direito contemporâneo pressupõe – e depende de – interpretações. Se é assim, pode o legislador apontar para os juízes os critérios normativos que devem ser levados em conta nessa atividade interpretativa. O legislador pode, portanto, estabelecer um conjunto de princípios que considera essenciais para a sustentação da reforma política, sem os quais as inovações legais não terão eficácia. Algo semelhante foi feito, por exemplo, no novo Código de Processo Civil, que tem em seus primeiros artigos um conjunto de “Normas Fundamentais”.²

Para demonstrar a ideia central acima exposta, o presente trabalho desenvolve um estudo que visa comparar as diferentes concepções de Jurisdição ao longo do tempo. Ao final, apresenta-se uma breve síntese do que se concebe por jurisdição na contemporaneidade, de modo que a discussão sobre a reforma política considere o real papel do Poder Judiciário na interpretação e na definição do Direito aplicável aos casos.

2. CONCEPÇÕES MODERNAS DE JURISDIÇÃO

Os processualistas italianos do século XIX afirmavam que a jurisdição moderna era marcada por um verdadeiro retorno ao conceito romano da *jurisdictio*. Para Chiovenda, este retorno deu-se sob uma perspectiva funcional³, como demonstrar-se-á em seguida.

2. Sobre o tema, ver ROSA, Viviane Lemes; PUGLIESE, William. Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 3, p. 8, 2016.

3. A observação é de SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.263.

O autor italiano definiu a jurisdição como “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.⁴ O objetivo do conceito elaborado pelo autor era bem delimitado: diferenciar a função jurisdicional das funções executiva e legislativa do Estado.⁵

As diferenças entre as funções legislativa e jurisdicional são bastante simples de se apontar. Ao legislador pertence ditar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos. À jurisdição cabe atuar estas normas.⁶

A distinção para a função executiva já é mais complexa e consiste no fato de que a jurisdição é uma atividade substitutiva. Explica-se: no processo de conhecimento, a atividade intelectual do juiz substitui a das partes e de todos os cidadãos, ao afirmar a vontade concreta da lei nas situações de fato. Já no processo de execução, a jurisdição substitui a atividade material devida pela atuação dos órgãos do Estado. De uma forma ou de outra, fato é que a jurisdição atua a lei em substituição a uma atividade alheia.

A função executiva, por sua vez, toma a lei como norma de conduta, de acordo com o princípio da legalidade. Em outras palavras, o administrador tem o dever de agir em conformidade com a lei; o respeito às normas é a atividade primária da função administrativa⁷, pelo que não há substituição de atividade. A lei se destina à própria administração. Na jurisdição, porém, as normas regulam atividades alheias, pelo que os dispositivos devem ser aplicados aos casos levados ao Judiciário.

4. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v.2. p.3.

5. Estas três funções irradiam exclusivamente do Estado. Por este motivo, o autor não admitia a existência de nenhuma outra pessoa com poderes para aplicar a lei.

6. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v.2. p.5.

7. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v.2. p.12.

Resta saber o que era, para Chiovenda, o atuar a vontade concreta da lei. Esta expressão deve ser compreendida da forma mais restritiva possível, uma vez que o juiz possuía pouca liberdade para decidir. Não se deve olvidar que a obra do autor italiano tem fortes raízes no paradigma do Estado Liberal, que pregava ao juiz o dever de apenas aplicar o texto legal. Vale dizer que “o direito nada mais era do que a lei, isto é, do que a norma geral a ser aplicada aos casos concretos”.⁸

O poder do juiz, portanto, era mínimo. Inexistia a preocupação de relacionar a atividade jurisdicional à Constituição, uma vez que os códigos eram vistos como instrumentos completos para a regulação da sociedade. Por esta razão, Chiovenda nunca se preocupou com a cristalização de normas de acordo com os preceitos constitucionais.

Um segundo autor, contemporâneo de Chiovenda, desenvolveu uma teoria que, à primeira vista, pode revelar um âmbito maior de poder do juiz. Trata-se de Francesco Carnelutti, que afirmou que a função do juiz é a composição da lide e que, para realizar seu dever, o magistrado cria a norma individual que regula o caso concreto.⁹ Neste sentido, a sentença possui um valor em si mesmo, ao resolver o conflito de interesses entre as partes.

Esta concepção era vista, à época, como diametralmente oposta à teoria de Chiovenda. A visão de que o juiz criava uma norma individual para as partes aparentava ter efeitos bastante diversos daquela que afirmava haver apenas uma vontade geral da lei, traduzida para um caso concreto.

O tempo, porém, demonstrou que estas duas teorias produzem resultados práticos semelhantes. Mais do que isso, revelou-se que ambas submetiam-se ao modelo de Estado Liberal, e por isso eram umbilicalmente ligadas ao princípio da supremacia da lei. Isto quer dizer que o juiz, tanto para

8. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.94.

9. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, [s.d.], p.1-67.

Chiovenda quanto para Carnelutti, não cria direito ao proferir uma sentença. Pelo contrário, ele se limita a repetir a norma geral, prevista em lei, para resolver uma das questões pré-definidas pelo legislador.

Não se falava, na época, em peculiaridades do caso concreto, como a igualdade material das partes, muito menos se questionava a validade ou a constitucionalidade de uma determinada lei para uma situação material. A função jurisdicional tinha uma atuação, por assim dizer, mecânica: constatava fatos e determinava as leis aplicáveis, substituindo a vontade das partes ou resolvendo a lide, de acordo com o autor que se preferia adotar. Na verdade, porém, o resultado era o mesmo: a repetição das disposições legais, sem qualquer questionamento a respeito de seus valores.

De qualquer forma, há elementos das teorias clássicas que merecem ser elogiados. As constatações de que a atividade jurisdicional é substitutiva, no sentido de eliminar a possibilidade das partes resolverem a situação por conta própria, ainda é válida. Da mesma forma, o conceito de lide, concebido por Carnelutti, ainda é muito utilizado pela doutrina processual para explicar os interesses contrapostos discutidos em um processo.

Tanto é assim que parte da doutrina mais autorizada do Direito Processual Civil brasileiro ainda se socorre das concepções de aplicação da vontade da lei e de lide para explicar a função jurisdicional. Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior define jurisdição como “a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida”.¹⁰ Outros, como Cândido Rangel Dinamarco, observam as mudanças culturais, sociais e mesmo jurídicas, mas preservam os pontos essenciais do conceito.¹¹

10. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.37.

11. “Essa é, conforme prometido, uma visão marcadamente teleológica, que propõe identificar a jurisdição segundo os objetivos que através dela o Estado busca atingir. Existe reamnete um feixe de objetivos a serem alcançados mediante a atividade que se convencionou chamar jurisdicional e que se situam no campo propriamente jurídico (atuação da vontade do direito substancial), no campo social (pacificação com justiça; educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios) e no político (afirmação do poder estatal; participação democrática; preservação do

3. CONCEPÇÕES CONTEMPORÂNEAS DE JURISDIÇÃO

Por outro lado, vem se desenvolvendo no Processo Civil brasileiro o argumento de que a concepção de jurisdição se altera de acordo com o contexto cultural¹² e com o modelo de Estado em que se insere.¹³ Fredie Didier Jr., por sua vez, aponta as transformações na Teoria do Direito como a responsável pela mudança dos conceitos da Teoria do Processo.¹⁴ Já Rosemiro Pereira Leal justifica a mudança de perspectiva como decurso de uma atualização da Teoria do Estado, que não é mais a figura hobbesiana do Leviatã, mas um Estado marcado pelas características de ser “Democrático de Direito”.¹⁵

valor liberdade; nos regimes socialistas, propaganda e educação para a vida e a ação socialistas.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.137). Em obra com propósitos de introdução ao estudo do direito processual, o autor, em conjunto com Antonio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover adora o seguinte conceito: “é uma das funções do Estado, mediante a qual esta se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.” (CINTRA, Anonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.131).

12. “Não é possível pensar o direito desligado de seu contexto cultural. O conceito de jurisdição, naturalmente, não escapa à contingência histórica. Nessa linha, mostra-se possível pensar o conceito de jurisdição em duas perspectivas distintas: a primeira ligada ao Estado Legislativo, pressuposta no Código Buzaid (1973-1994). A segunda, ao Estado Constitucional, decisivo na conformação do formalismo processual do Código Reformado.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.1. p.124).

13. “A função jurisdicional, entendida como aquela que, no centro de poder, assume a tarefa de dirimir os conflitos efetivamente instaurados na convivência social, será organizada e terá o perfil ajustado ao modelo de Estado em que se insere.” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: Juspodivm, 2013. p 60).

14. DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo**: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012. p.149 e segs.

15. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.27-29.

Dentre as concepções de jurisdição contemporâneas, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o papel atual do Poder Judiciário é conferir tutela efetiva aos direitos protegidos pela Constituição e pela legislação ordinária. Mais do que isso, o direito à tutela jurisdicional é, por si só, um direito fundamental dos indivíduos, pelo que o Estado não só tem o dever de prestar assistência no sentido de proferir uma decisão de mérito, como também tem o dever de realizar os atos materiais necessários para a devida reparação ou proteção do direito violado.¹⁶

Destaque-se, ainda, que o autor parte da concepção de que o legislador não tem a possibilidade de prever todas as situações de fato que serão levadas ao Judiciário. Sendo assim, admite que o juiz tem o poder-dever de construir o procedimento adequado à tutela do direito, caso a lei processual não estabeleça meios adequados para que a proteção efetiva aos direitos seja garantida.

Marinoni vai ainda além. Resgatando a doutrina dos princípios constitucionais, afirma que o magistrado também possui o poder-dever de conformar a lei aos ditames constitucionais.¹⁷ Aqui sua teoria rompe frontalmente com as concepções clássicas.¹⁸ Com essa afirmação, o autor

16. Ver, por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; e MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

17. "Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais." (MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.26).

18. Além de Marinoni, outros processualistas demonstram a necessidade de se recepcionar o controle de constitucionalidade na concepção de jurisdição. Neste sentido, ver: DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo**: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012; NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

pretende demonstrar que o poder jurisdicional não consiste na mera aplicação da lei aos casos concretos. Pelo contrário, o juiz tem o dever de verificar se, naquele caso levado ao Judiciário, as normas infraconstitucionais que regulam a situação fática não produzem um resultado avesso à Constituição.

Justifica-se, por exemplo, a possibilidade de controle concreto de constitucionalidade por qualquer juiz do território jurisdicional. Da mesma forma, afirma-se que o magistrado deve zelar pela consecução de igualdade material entre as partes, o que fundamenta uma série de exceções legais, como as regras de inversão do ônus da prova, que à época do Estado Liberal seriam impensáveis.

Para Marinoni, portanto, a jurisdição tem uma função bastante diversa, sendo ela a responsável pela proteção dos direitos fundamentais e pela conformação do ordenamento jurídico com a Constituição. Em singela comparação, pode-se dizer que os magistrados não mais atuam a vontade da lei, mas sim da Constituição. A lei deixou de ser obstáculo intransponível para a correção de desigualdades e de direitos fundamentais.

Coaduna-se à exposição de Marinoni o pensamento de Ovídio Baptista da Silva, que investiga a *iurisdictio* romana e a compara com a jurisdição moderna.¹⁹ Para ele, o grande erro dos processualistas italianos foi comparar a figura do juiz com a do *iudex*, que apenas dizia o direito previamente estabelecido. O *iudex* não possuía poder de império, pelo que não era capaz de criar novos direitos, muito menos prover algum tipo de tutela às partes. Isto se deve ao fato de ser o *iudex* um juiz privado, destituído do poder de *dicere ius*.

Esta figura do *iudex* não se assemelha com a figura do juiz moderno, e de fato não há porque guardar essa semelhança. Afinal, o *iudex* era apenas um sujeito com poderes delegados de uma figura mais importante: o *praetor*. Este sim era dotado do verdadeiro poder de *iurisdictio*, ou de dizer o direito. Ao pretor cabia fixar a norma aplicável ao caso concreto. Como não havia

19. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

sistema legal prévio, o *dicere ius* se aproximava muito mais da atividade legislativa do que da atividade jurisdicional clássica. No sentido romano, portanto, a atividade concebida como jurisdicional no séc. XIX era, na verdade, uma atividade judicial.²⁰

É preciso fazer uma ressalva: não se pode compreender a expressão *dicere ius* com o sentido de “declarar”, como fazem muitos processualistas. Ela institui um vínculo, um regime jurídico concreto às partes. Esta observação provoca a reflexão de que a atividade do pretor romano não se aproxima das funções típicas das sentenças, já que estas aplicam normas previamente editadas pelo legislador. Em síntese, o *dicere ius* possuía caráter criativo de Direito, pelo que o pretor dava sentido à situação fática por meio de fontes variadas e abertas com ampla discricionariedade; a jurisdição moderna, declara os fatos e aplica a lei.

Com olhos na concepção clássica de jurisdição, Ovídio Baptista da Silva conclui que “dizer o direito – *ius dicere* – era uma função do Pretor, hoje é função do legislador. Quem exerce a jurisdição, tal como a exercia o Pretor romano, é o Poder Legislativo. A jurisdição que nossos magistrados exercem é uma função delegada, como era a exercida pelo *iudex*”.²¹

Ao final de seu raciocínio, porém, o autor faz uma ressalva que revela a contemporaneidade de seu pensamento. Afirma que o início do século XXI tem sido marcado pela busca, ou pela retomada, do Direito Jurisprudencial. Melhor dizendo, para ele há uma busca pela equiparação do juiz com o pretor, com a atividade criativa do Direito, ou seja, com a *iurisdictio*.

Deve-se ter cautela, no entanto, no sentido de que a criação judicial do Direito não pode ser geral e abstrata, tal qual o Direito produzido pelo

20. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.268.

21. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.279.

legislador, sob pena de violação do ideal Democrático que pauta a atuação do Estado contemporâneo. Aqui, as concepções de jurisdição parecem não avançar, pois há uma vinculação excessiva com o constitucionalismo em detrimento da democracia.²² Ademais, como destacou Maria Angélica Feijó, a mudança da atividade realizada pela jurisdição passa por uma alteração no que se compreende por interpretação do Direito: interpretar não é apenas revelar ou conhecer a norma, mas escolher ou revelar um sentido.²³ Este ato de escolha também deve ser justificado²⁴, ou seja, exige uma argumentação jurídica consistente.

O problema na definição da concepção contemporânea de jurisdição, portanto, não é restrito ao processo. Na verdade, o que se deve notar é que a dificuldade está na compreensão e na identificação das teorias de interpretação e argumentação jurídicas, cujo desenvolvimento ao longo do século XX e início do XXI tornou muito mais complexa a clássica função de “aplicar a lei”.

Na verdade, essa abordagem não é propriamente nova no cenário jurídico. Ocorre que a tradição brasileira costuma outorgar o tema da jurisdição apenas ao processo, quando na verdade o assunto também deve ser investigado pela

22. KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**, n.56, p.151-176, jun. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p151>>. Acesso em: 06 fev. 2016; PUGLIESE, William S. A jurisdição entre constitucionalismo e democracia. In: IO-COHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Org.). **Processo e jurisdição**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v.1. p.316-332.

23. FEIJÓ, Maria Angélica E. F. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1. p.148-149.

24. “[I]nterpretar é também escolher, além de conhecer – isto é – conhecer todos os sentidos que um texto normativo pode apresentar para, depois, escolher qual deles será a norma. É uma escolha discricionária que faz parte da atividade do juiz, e que deve ser argumentativamente justificada.” (FEIJÓ, Maria Angélica E. F. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1. p.149).

Teoria do Direito. Sobre este ponto, duas observações são relevantes. A primeira é de que o significado de “jurisdição” costuma ser mais restrito, especialmente nos países de língua inglesa, de modo que *jurisdiction* é expressão que se confunde com o que se chama, no Brasil, de competência.²⁵

A segunda observação é a de que o debate que no Brasil assume a roupagem de “jurisdição” tem se realizado, majoritariamente, sob a palavra-chave “adjudicação”. Como exemplo, cita-se o ensaio de William Lucy sobre “*Adjudication*”²⁶, que analisa o tema sem recorrer ao processo. Tem-se, portanto, que os temas relacionados à decisão judicial, especialmente as questões da interpretação e da argumentação jurídicas, são essenciais para a compreensão da função jurisdicional.

4. CONCLUSÃO: JURISDIÇÃO E REFORMA POLÍTICA

Vale dizer, em conclusão aos itens anteriores, que o Poder Judiciário vem se firmando como um segundo espaço de definição do Direito. Enquanto o Legislativo estabelece as regras e os princípios pertinentes a uma determinada situação, aos juízes cabe a interpretação dessas normas para alcançar a solução definitiva do caso. Em algumas hipóteses, portanto, o Poder Judiciário é responsável pela criação ou pelo desenvolvimento do Direito, especialmente nos casos em que não há regra específica prevista.

Sendo assim, cabe ao Legislador investir, substancialmente, na delimitação dos princípios e dos valores que permeiam a lei. Esta medida orienta a atividade do Judiciário e permite a fundamentação coerente das decisões, sem que se

25. “*In american terminology, this authority is called ‘subject matter jurisdiction’, while in other legal systems this authority is called ‘competence’.*” (HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993. p.172).

26. LUCY, William. *Adjudication*. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.206-267.

suscitem dúvidas desnecessárias a respeito da intenção que pautou a redação dos dispositivos legais.

Tratar da reforma política, portanto, não é um simples ato de renovação da legislação pertinente ao sistema eleitoral. Trata-se, em verdade, de um projeto prospectivo e de determinação de princípios e valores cuja função será orientar a aplicação, pelo Poder Judiciário, de todo o sistema eleitoral reformado.

REFORMA POLÍTICA OU REFORMA ELEITORAL?

OLIVAR CONEGLIAN

Mestre pela PUC-RS, Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito eleitoral -IBRADE e do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral – IPRADE, Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAPPR), professor, advogado, juiz de direito aposentado., conferencista e palestrante. Foi agraciado com a Comenda do Mérito Judiciário Eleitoral do TRE do Distrito Federal e do TRE do Pará. Autor das obras PROPAGANDA ELEITORAL e RADIOGRAFIA DA LEI DAS ELEIÇÕES, da Juruá Editora.

FABÍOLA ROBERTI CONEGLIAN

Mestranda pela UNIBRASIL - Centro Universitário Autônomo do Brasil, especialista em Processo Civil, pela Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Positivo, Curitiba, PR, graduada pela Faculdade de Direito de Curitiba. Advogada. Professora auxiliar da Universidade Tuiuti do Paraná. Membro da comissão de Direito Eleitoral da OAB/PR. Membro do Iprade - Instituto Paranaense de Direito Eleitoral.

1. INTRODUÇÃO

Por que fazer reforma política? A estrutura política existente já não é ruim? Por que piorá-la?

Este artigo poderia se pautar na discussão dos amplos aspectos de uma possível reforma política, mas não há como se pensar numa reforma sem analisar as pessoas encarregadas de fazê-la. E então se chega à pergunta que abre o tema: por que fazer uma reforma, se a tendência é que ela piore o quadro existente?

Para responder a isso, vai-se verificar que o presente artigo, ao invés de se situar em uma discussão acadêmica e atemporal, vai conter um prazo de validade, e o otimismo dos autores declara que, daqui a alguns anos, o quadro será diferente.

Mas não agora. E qualquer discussão atual sobre reforma política será feita com os olhos voltados para o atual Congresso.

A reforma política é necessária.

Todos dizem isso, e o fazem como se a reforma política tivesse a força para derrubar todos os obstáculos ao crescimento do país, a virtude de eliminar todos os focos de corrupção, a esperança de corrigir todos os defeitos da democracia brasileira.

Enfim, elege-se a reforma política como o elixir para todos os males.

Como contraponto e até como contradição, a reforma necessária não sai do lugar, e se verifica que o Congresso está voltado para uma reforma que inverte o desejo da maioria, pois propõe fórmulas que desnaturam a democracia e se apresenta como um quadro bastante piorado em relação ao panorama atual.

2. NECESSIDADE DA REFORMA POLÍTICA

Em verdade, há necessidade, sim, de reforma política. É claro que não se espera uma reforma que resolva todos os males, mas há necessidade de uma reforma que melhore o todo o cenário político, os usos com modificação de costumes, e que dê maior efetividade do Estado como agente do bem comum.

Há, assim, necessidade de que uma reforma séria se apresente como remédio para alguns males com os quais a democracia brasileira consegue conviver – e com os quais está convivendo –, pois se sabe que, eliminados esses males, a democracia seria mais saudável.

Entre os males ou defeitos existentes, podem-se citar:

- a. a dominação do Congresso Nacional pelo Executivo, de tal forma que o próprio Executivo pauta as ações do Congresso;
- b. a dependência dos partidos ao Poder Executivo, ao ponto da cooptação;
- c. a paralisação do Estado no ano de eleição, inclusive da eleição municipal;
- d. o foro especial para detentores de cargos nos crimes comuns;
- e. a ausência de identificação dos candidatos à eleição proporcional a uma determinada região;
- f. a endemia do caixa-dois das campanhas eleitorais;
- g. a presunção de inocência para todos os candidatos;
- h. a ausência de regras processuais claras e precisas, nos processos eleitorais não criminais;
- i. uma fórmula racional de arrecadação de recursos e aplicação em campanhas;

- j. a má distribuição proporcional dos cargos eletivos legislativos;
- k. a existência do Senado como câmara repetidora;
- l. as regras para a suplência senatorial e para os vices;
- m. a inexistência de obstáculos ao detentor de mandato para a disputa de cargos diferentes, enquanto não esgotado o mandato anterior.

Para o caso acima citado, na letra “b”¹, há um “*remédio*”, que se pode chamar de grande reforma política: a definição de que o mandato pertence ao partido e não ao mandatário. Tal remédio foi formulado pelo TSE, no ano de 2007, e ainda não produziu todos os efeitos dentro do organismo do Estado brasileiro. Quando essa formulação do TSE veio a lume, em 25 de outubro de 2007, com a Resolução n. 22.610, já estavam em andamento os mandatos federais e estaduais iniciados em janeiro de 2007, e já haviam ocorrido as debandadas de mandatários, de outros partidos para agremiações das respectivas bases governistas. Da mesma forma, estavam em andamento os mandatos municipais. Dessa forma, deu para perceber a dose de benefícios que essa nova roupagem da fidelidade partidária trouxe para o panorama político brasileiro.

A partir das novas legislaturas, municipais, estaduais ou nacional, se pôde aquilatar o quanto esse remédio foi benéfico para as práticas de cooptação e de transferência de partidos em troca das benesses do poder, e se viu que a nova definição de fidelidade partidária – o mandato é do partido – se mostrou como uma reforma útil, eficaz.

2. INDAGAÇÕES A RESPEITO DA REFORMA

Há inúmeras perguntas no ar a respeito de reforma política. Por exemplo:

- a. o que cabe dentro da reforma política?

1. ‘dependência dos partidos ao Poder Executivo, ao ponto da cooptação’

- b. há consenso sobre a reforma?
- c. para estabelecer a reforma, basta mudar leis ordinárias, ou há necessidade de emendas constitucionais?
- d. por que a reforma política encontra tantos obstáculos?

3. AUSÊNCIA DE LIMITES DA REFORMA POLÍTICA

O tema “reforma política” não é um tema fechado, circunscrito a determinadas e precisas modificações de algumas leis e à introdução de emendas constitucionais pré-fixadas.

Ao contrário, esse tema é aberto, e pode abranger desde a mudança do sistema de governo, de presidencialista para parlamentarista, até modificação de uma simples regra de propaganda eleitoral, passando pela adoção do voto facultativo, ou mudança do critério proporcional do poder legislativo, ou introdução da lista fechada, abolição do suplente e dos vices, etc.

Enfim, pode ter o rótulo de “reforma política” tudo aquilo que se refere ao estabelecimento de qualquer novidade dentro do direito positivo que se relacione com a forma de governo, com o regime, com a forma de escolha dos mandatários eleitos. Em resumo, pode-se chamar de “reforma política” toda novidade legal que se refira ao mundo político brasileiro.

A título de exemplo, observa-se que, especialmente nos meios de comunicação, o tema “reforma política” diz respeito a qualquer proposta legislativa de modificação de um desses pontos:

- troca do presidencialismo pelo parlamentarismo;
- alteração do número de senadores, deputados, vereadores;
- mudança no sistema proporcional;
- alteração das datas da eleições, ou para fazer todas as eleições num só dia, ou para estabelecer uma eleição em dia diferente de outra;

- mudança nas regras de propaganda eleitoral;
- mudança no critério de fidelidade partidária;
- implantação da eleição por distritos;
- eliminação dos vices e suplentes majoritários;
- forma diversa de escolha dos vices;
- modificação da forma de financiamento de campanhas eleitorais;
- implantação do voto facultativo;
- eliminação da reeleição dos mandatos executivos;
- etc.

É impossível fazer-se uma lista abstrata de todos os temas que dizem respeito à reforma política.

4. PROPOSTAS DE REFORMA DENTRO DO CONGRESSO

Como é impossível fazer-se essa lista de temas de uma forma abstrata, pode-se fazer uma lista de temas concretos, a partir de algo, e nesse ponto nada melhor que partir das propostas de “reforma política” que estão no Congresso Nacional.

Em maio de 2006, veio à luz a Lei 11.300, que o próprio Congresso denominou de “mini-reforma política”. Essa lei nada mais foi que uma colheita de temas político-eleitorais dentro das inúmeras propostas já existentes no Congresso, para transformação em uma lei que pudesse vigorar ainda sobre o processo das eleições gerais então já em andamento.

Pois bem, se existem projetos no Congresso que podem ser inseridos no tema geral da “reforma política”, torna-se viável listar esses temas, para se fazer sobre eles uma reflexão. Aqui, pois, se exporão os temas discutidos, sem mencionar o número do projeto de lei ou de emenda constitucional, ou de seu autor.

Os temas são estes:

1) campanha:

- vedada a contratação de cabos eleitorais.

2) coligação:

- proibição de coligação na eleição proporcional;
- proibição de coligação na eleição para o Senado Federal;
- criação da federação de partidos políticos.

3) compra de voto ou captação ilícita de sufrágio:

- pode ocorrer a partir da convenção;
- caracterizada pelo pedido de abstenção de voto.

4) condutas de servidores públicos:

- valores de transferências voluntárias limitadas aos índices dos três anos anteriores à eleição.

5) cotas para candidaturas na lista de candidatos dos partidos, eleições proporcionais:

- instituição de cotas para afrodescendentes;
- instituição de cotas para candidatos deficientes;
- instituição de cotas para candidatos com 21 a 25 anos;
- aumento para 50% das cotas de cada sexo;
- obrigatoriedade de preenchimento das cotas mínimas;
- cotas para jovens até 35 anos.

6) crime:

- uso, na propaganda, de símbolo ou slogan de empresas de comunicação;
- crime de uso de escuta telefônica clandestina;
- crime da omissão ou declaração falsa na prestação de contas;
- crime de descumprimento do plano de governo;
- crime de transferência fraudulenta de domicílio eleitoral;
- crime do caixa-dois.

7) debates:

- criação de regras fixas.

8) domicílio eleitoral:

- regras dentro dos estatutos do partido;
- extinção da exigência de domicílio eleitoral para candidaturas;
- obrigatoriedade de quatro anos de domicílio.

9) eleição - cargos legislativos proporcionais:

- *curriculum vitae* como documento obrigatório;
- listas fechadas;
- voto distrital.

10) eleição – data:

- separação da eleição majoritária da proporcional.

11) fidelidade partidária:

- criação de regras de fidelidade partidária.

12) filiação partidária:

- prazo fixado por estatuto partidário;
- prazo de dois anos;
- prazo de 48 (quarenta e oito) meses;
- prazo de 1 ano também para magistrados;
- informar o sexo, nas listas enviadas à Justiça Eleitoral.

13) financiamento:

- despesa para propaganda na imprensa escrita paga por pessoa jurídica como doação;
- instituição do financiamento exclusivamente público;
- financiamento público nas majoritárias e privado na proporcional;
- proibição de financiamento por pessoa jurídica;
- proibição de doação por empresa ou entidade que mantenha vínculo com o poder público;
- proibição de doação por instituição financeira;

- proibição de doação direta ao partido;
- fundo partidário dobrado em ano de eleição;
- possibilidade de doação por meio de cartão de crédito.

14) gastos:

- fixação de limite máximo;
- criação da Lei de Responsabilidade Eleitoral.

15) inaugurações:

- vedadas nos três meses anteriores à eleição;
- permitida a presença de qualquer candidato.

16) inscrição e transferência eleitoral:

- proibição de transferência entre municípios limítrofes, em ano de eleição municipal.

17) jornalistas, radialistas, apresentadores:

- desvinculação temporária das emissoras se participarem de programa de candidaturas.

18) multas:

- aumento ou redução;
- aumento ou redução segundo condições pessoais.

19) numeração dos candidatos:

- pode ser o número do partido ou de qualquer partido da coligação.

20) pesquisa eleitoral:

- alargamento do conceito de fraude;
- identificação dos entrevistadores;
- disponibilização dos dados aos partidos;
- divulgação dependente de autorização da maioria dos partidos participantes da eleição;
- deve ser considerada propaganda eleitoral;
- divulgação sem data e local de realização: fraude;
- divulgação sem margem de erro: fraude;

- proibição nos quinze dias anteriores à eleição;
- proibição nos últimos vinte dias de campanha;
- proibição nos últimos sete dias, no segundo turno;
- proibição a partir de julho do ano de eleição;
- o veículo que divulga pesquisa fica obrigado a divulgar todas aquelas registradas no mesmo período, na circunscrição;
- fixação de margem de erro nos últimos 45 dias;
- divulgação obrigatória do intervalo de confiança;
- proibição para institutos que, na eleição anterior, tenha divulgado pesquisa com erros superiores à margem de erro prefixada;
- possibilidade de auditoria nas pesquisas registradas.

21) plano de governo:

- obrigatório o registro do plano de governo dos candidatos executivos.

22) portadores de insuficiência auditiva:

- legendas na propaganda eleitoral;
- intérprete;
- uso de linguagem Libras.

23) prestação de contas:

- divulgação dos julgamentos;
- julgamentos individuais;
- crime de omissão ou declaração falsa.

24) processo:

- aumenta prazo de defesa para três dias, na representação do art. 96;
- só trânsito em julgado produz efeito em registro, diploma e multa;
- fixa em cinco dias prazo para ajuizamento de ação por compra de voto;
- fixa em cinco dias prazo para ação de condutas vedadas.

25) propaganda eleitoral:

- pesquisa é considerada propaganda eleitoral;
- regulamentação da propaganda na internet;
- propaganda gratuita também para as tevês por assinatura;

- não é propaganda a manifestação pública de uma pessoa isolada;
- permissão apenas no mês de setembro do ano de eleição;
- permissão apenas por 60 dias (30 dias de programas gratuitos)
- proibição de vincular número de candidato a número de empresas que os utilizam em seu nome ou em sua propaganda;
- retirada: responsabilidade do partido político;
- permissão de entrevistas e notícias com candidatos;
- proibição de acúmulo de tempo no horário gratuito;
- horário gratuito só partidos com candidatos majoritários;
- proibição de gravação externa, trucagem, montagem, computação gráfica e efeitos especiais;
- permissão de showmícios com artista regional;
- sociedades beneficentes não podem ter nome de detentores de mandato;
- volta da propaganda em outdoor;
- restauração do showmício;
- restauração dos brindes;
- permissão do uso de camisetas de campanha;
- municípios com mais de 200.000 eleitores – garantia de transmissão de propaganda eleitoral gratuita.

26) propaganda institucional:

- proibida nos três meses também para as esferas de poder não envolvidas na eleição;
- aumenta a restrição imposta pelo art. 73 da Lei das Eleições;
- proibida nos seis meses anteriores ao pleito.

27) registro de candidaturas:

- exigência de certidão fornecida pela Comissão de Ética do partido.

28) remuneração de servidores – condutas de agentes públicos:

- proibição de revisão geral nos seis meses anteriores à eleição;
- índice aplicado não pode ser superior à inflação de doze meses.

29) segundo turno:

- extinção.

30) substituição de candidatos:

- eleição majoritária: até quinze dias da eleição.

31) título de eleitor:

- título de eleitor na forma de cartão magnético;
- possibilidade de votação em qualquer seção eleitoral do país.

32) urna eletrônica:

- autorização para uso de simulador na campanha;
- comparação de urnas sorteadas com o mapa de votação;
- urnas especiais para eleitores cegos;
- exigência de lacre nos disquetes dos dados da votação.

33) vices – suplentes de senador:

- assunção ao cargo, na vacância antes da diplomação ou da posse;
- possibilidade de propaganda separada da do titular;
- escolha do suplente pelo partido, com critérios.

34) votação:

- permitir voto em separado de policiais militares;
- permite o voto em separado nas eleições para presidente;
- garante ao eleitor entre 16 e 18 anos o voto pela internet.

Nesse extenso rol de propostas, não se inseriram aquelas sobre crimes eleitorais, nem as que demandariam mudança constitucional.

5. REFORMA POLÍTICA OU REFORMA ELEITORAL

Todos os temas acima, e outros que não se fazem presentes na lista (caso do voto facultativo, da mudança na proporcionalidade, ou da diminuição do número de congressistas, ou da implantação do voto distrital, ou da adoção da lista fechada, ou qualquer outro) se inserem na chamada “reforma política”.

No entanto, pode-se fazer uma distinção entre reforma política e reforma eleitoral.

Quando se muda alguma regra de propaganda, não se está fazendo reforma política, mas apenas mudança eleitoral. Surge “reforma política” quando se estabelece uma mudança na estrutura do poder ou na forma de conquista e de atuação do poder político. Talvez seja mais simples dizer que há “reforma política profunda” e “reforma política superficial”, esta existente apenas no campo das mudanças meramente eleitorais.

6. REFORMA: LEI ORDINÁRIA, LEI COMPLEMENTAR OU EMENDA CONSTITUCIONAL

A reforma política pode ser feita por meio de leis ordinárias, ou exige leis complementares, ou, ainda, reforma constitucional?

A resposta é simples: há temas que exigem emenda constitucional, há temas que comportam leis complementares, e há assuntos que podem ser enfrentados por leis ordinárias.

Exemplos de necessidade de emenda constitucional: implantação do voto facultativo (*art. 14, parágrafo 1º, I, CF*); a pulverização das datas das eleições municipais (*art. 29, II e III, CF*), qualquer modificação da reeleição ou na duração dos mandatos, etc.

Também exige emenda a alteração da forma de escolha dos deputados, que devem ser escolhidos por sistema proporcional (*art. 45 CF*), a não ser que a lei apenas trocasse a atual fórmula por outra que também conservasse uma proporcionalidade. Assim, a mudança da atual lista aberta para o sistema de lista fechada não exige emenda à Constituição.

Modificações na lei dos partidos políticos (Lei 9.096/97) podem ser feitas por leis ordinárias.

Leis sobre competência da justiça eleitoral devem ser complementares, uma vez que estariam modificando o Código Eleitoral, que, na parte relativa

à estrutura e à competência da justiça eleitoral, foi recepcionado pela Constituição como lei complementar, enquanto as outras partes do Código possuem caráter de lei ordinária.

Também exigem lei complementar modificações a respeito de inelegibilidades.

Já questões como fidelidade partidária, propaganda eleitoral, atuação dos partidos, pesquisas eleitorais e tantas outras podem ser enfrentadas por leis ordinárias.

7. TEMAS CANDENTES

Quais temas da “reforma política” deveriam receber uma atenção maior dos parlamentares, vale dizer, deveriam fazer parte da agenda do Congresso?

Os temas poderiam ser resumidos na aspiração popular de que, em primeiro lugar, haja combate efetivo à corrupção em todas as suas formas, e de combate a todos os mecanismos que levem à corrupção, e em segundo lugar, de que o sistema de escolha dos parlamentares traga uma representação efetiva, já que o sistema atual mostra uma representação diluída, amorfa, a tal ponto que os representados e os representantes não se conhecem.

Nesse esquema, surge com força a questão do financiamento das campanhas eleitorais.

Na atualidade, esse financiamento é misto, público e privado. A parte pública nasce do fundo partidário e da concessão do tempo gratuito para a propaganda no rádio e na televisão.

Há uma parcela dos estudiosos e dos parlamentares que propõe o financiamento exclusivamente público. Essa proposta só não foi adotada pelo Congresso porque há uma repulsa popular que não aceita que o tesouro nacional financie os políticos.

É claro que aqueles que não aceitam o financiamento público por ojeriza aos políticos, sem um estudo racional do tema, deixam de perceber que o financiamento privado acaba sendo deletério para o país, pois quase todo grande doador de campanha procura se ressarcir do valor doado. No final, o financiamento público fica mais barato para o país.

Mas há aqueles que entendem que o financiamento público pode esbarrar na logística de sua distribuição. Numa eleição geral – presidente, governador, senador, deputado federal, deputado estadual – há dificuldade de divisão dos recursos financeiros para os partidos. Como fazer a divisão? Quando se elege um valor correspondente a cada eleitor, esse valor é para cada eleição ou para todas as eleições?

Não há qualquer dúvida que a implantação do financiamento público exigiria um formidável estudo para satisfazer as necessidades das campanhas eleitorais.

Mas há uma fórmula intermediária que poderia satisfazer tanto os partidos como os eleitores. Seria o financiamento público indireto: o doador poderia descontar o valor da doação dos impostos federais a pagar.

Na eleição de 1994, regida pela Lei 8.713/93, foi criado o “bônus eleitoral”, que funcionava como um recibo de campanha: o doador entregava a seu candidato ou a seu partido determinada quantidade de dinheiro, e o candidato lhe passava um recibo: era o “bônus eleitoral”. Viu-se, ao final da campanha, que muita gente doava, por exemplo, R\$ 1.000,00 e recebia um bônus de R\$ 5.000,00. Com isso, havia uma lavagem de dinheiro, ou uma possibilidade de transferência ilegal de dinheiro de pessoas jurídicas para pessoas físicas, ou vice-versa.

Justamente por causa desse exemplo, há também certo temor de que a instituição do financiamento público indireto – quando o doador desconta impostos no valor de sua doação – seja utilizado para a corrupção: o doador tem recibos para quitar seus impostos no valor de um milhão, enquanto de fato ele só doou quinhentos mil. Para barrar essa possibilidade, bastaria

uma fórmula simples: a doação deveria ser feita sempre através da Justiça Eleitoral. Exemplifica-se: numa eleição de prefeito, o doador se dirige à Justiça Eleitoral e entrega R\$ 10.000,00 para a campanha de seu candidato, João das Pedras, do Partido das Montanhas Eternas. A Justiça Eleitoral lhe entrega um recibo que é ao mesmo tempo um *'certificado'*, com o qual o doador pagará impostos federais (no valor de R\$ 10.000,00, ou dentro de uma porcentagem disso: 80%, 50%...). Se o doador não tiver impostos a pagar, poderá ceder, alienar, vender esse certificado a quem se interessar. Por outro lado, a Justiça Eleitoral fará o registro daquela doação e entregará o dinheiro a João das Pedras, em conta bancária aberta para essa finalidade. Nesse momento, a Justiça Eleitoral já tem em mãos metade da prestação de contas de João das Pedras, referente àquela quantia.

8. AS DATAS DAS ELEIÇÕES

Outro tema interessante, dentro do espectro geral da reforma política é aquele que diz das datas das eleições.

Pelas disposições legais atuais, há eleição todo ano par, sendo que num ano par existe eleição municipal – prefeito e vereador – e no ano par seguinte a eleição dita geral, para presidente, governador, senador e deputado. No caso de senador, em uma eleição se elegem dois senadores e na eleição seguinte, um só senador, pois o Senado se renova ora em dois terços, ora em um terço.

Os temas de reforma política no aspecto de datas de eleição são variados: *i)* a extinção da reeleição, com a ampliação dos mandatos executivos para cinco ou seis anos: a implantação de mandatos de cinco anos faria com que desaparecesse a simetria de eleições nos anos pares; *ii)* a eleição de deputados e senadores em dias diferentes da eleição majoritária e *iii)* a unificação das datas de todas as eleições.

A defesa da unificação das datas de todas as eleições parte de uma realidade terrível: no ano de eleição, todas as forças políticas se voltam para a eleição, e o Estado fica paralisado.

Essa paralisação até seria desculpável quando se fala em eleição geral, pois está em jogo o futuro da nação e, principalmente, o futuro de cada político.

Mas no caso de eleição municipal, essa desculpa não pode prevalecer. O Estado não pode ficar refém das eleições paroquiais, que não deveriam interferir na macro política.

No entanto, no sistema eleitoral brasileiro, a eleição municipal tem um alto valor de aglutinação, pois é ali que se buscam os rumos das eleições gerais; uma grande quantidade de parlamentares deixa as casas legislativas para arriscar a sorte na roleta, certo que sairão ganhadores de qualquer forma: se forem eleitos, tornam-se prefeitos. E se não forem, voltam para o parlamento.

Além disso, há o peso das eleições em grandes cidades, cujo vencedor de hoje pode ser o candidato a governador ou a presidente dois anos depois, antes do término do mandato municipal.

A correção desses males está em dois pontos: o primeiro, seria mudar as regras para detentores de mandatos: não poderiam eles candidatar-se a mandatos novos a não ser quando decorridos três anos, ao menos, do mandato anterior (e sete anos, no caso de senador). Vale dizer, o detentor de mandato só poderia candidatar-se ao mesmo cargo ou a outro cargo no último ano de seu mandato.

O segundo ponto seria a pulverização das eleições municipais.

Sempre se fala em coincidência das eleições municipais com as eleições gerais. E se se pensasse exatamente o contrário: incoincidência? Tome-se como exemplo o Estado do Paraná, com quase quatrocentos municípios. Num ano par não haveria nenhuma eleição municipal, justamente aquele ano par em que ocorresse a eleição geral: 2010, 2014, 2018, 2022... Nos três outros anos (2011, 2012, 2013, 2015, 2016, 2017...) haveria eleições municipais sempre, em março, abril, maio, junho, etc. Sempre estaria havendo eleição em algum município do Estado. Poderiam ser produzidas regras em que se dissesse, por exemplo, que as eleições das principais cidades não deviam coincidir, e outras.

Com essa pulverização das eleições municipais, elas perderiam aquele poder de aglutinação, e as atenções da Nação não estariam voltadas para elas. Eleição passaria a ser algo corriqueiro na vida nacional, sem que cada eleitor perdesse o interesse para a eleição de sua cidade.

Quanto à logística dessas eleições pulverizadas, nenhum problema, pois a Justiça Eleitoral, que é permanente, possui estrutura para suprir toda necessidade. E a mudança de algumas poucas regras eleitorais (como a impossibilidade de um eleitor votar em duas eleições municipais em anos seguidos, com o controle sendo feito magneticamente, etc) daria o arcabouço jurídico necessário.

9. CONSENSO OU FALTA DE CONSENSO SOBRE REFORMA POLÍTICA

Entre as perguntas feitas logo no começo deste artigo, duas ainda não foram respondidas: se há consenso sobre a reforma política, e a razão de não andar a reforma.

Quanto ao consenso, pode-se responder que existe consenso de que deve ser feita uma reforma política, mas não existe consenso sobre o conteúdo dessa reforma.

A reforma política depende do Congresso, e a pergunta sobre se existe consenso deve ser dirigida a ele: existe consenso entre os congressistas sobre a reforma política?

A resposta é a mesma dada acima: existe no Congresso o consenso de que deve ser feita uma reforma, mas os congressistas não chegam a um denominador comum sobre pontos da reforma. Quanto à necessidade de ser feita a reforma, há poucos congressistas que discordam disso, um número inexpressivo.

Já quanto aos temas da reforma, existe ampla divergência, não havendo um único tema que pode ser resolvido por consenso.

Isso leva à segunda pergunta: se há consenso sobre a necessidade de reforma, por que ela não anda, não é discutida e votada?

A razão está no fato de que, nesse caso, os congressistas estão legislando em causa própria. Não há como fugir disso, nem há que se condenar qualquer congressista por isso: é assim. Aos congressistas cabe fazer as leis, inclusive aquelas que disponham sobre eles próprios, sobre a forma pela qual eles se tornam congressistas, e sobre a vida política.

E porque já vivem dentro do mundo político-partidário, qualquer regra nova pode trazer, para cada um deles, uma indefinição sobre o próprio futuro, e sobre a própria vida.

Como muitos deles não têm certeza, e como cada um pode escolher, dentro de cada tema, uma solução diferente da do colega, e diferente daquela que existe hoje na lei, cada congressista acaba por não saber qual é melhor para a própria vida, para a vida do seu partido. E talvez duvidem do que seja melhor para a Nação.

Afinal, o criador da norma é o destinatário dela.

10. A REFORMA POLÍTICA E O PODER JUDICIÁRIO

Se de um lado se observa a inércia do Poder Legislativo perante a reclamada reforma política, de outro lado se constata que o Poder Judiciário tem feito modificações pontuais que representam verdadeiras reformas, no sentido mais profundo do tema.

Não cabe aqui perguntar se o Poder Judiciário tem competência para fazer a reforma. Cabe, aqui e agora, afirmar que o Poder Judiciário tratou de temas dentro do que se denominada “reforma política”, e concretizou verdadeiras reformas pontuais ou gerais.

Parte-se para exemplos.

A maior reforma política brasileira se deu com o advento, a implantação e a generalização da urna eletrônica.

Até seu aparecimento, havia fraudes eleitorais antes da eleição, na própria eleição e depois da eleição. Com a urna eletrônica desapareceu completamente a fraude posterior à eleição, e aquelas fraudes usuais do dia da eleição foram reduzidas a números insignificantes. A fraude anterior à eleição continua a existir.

No tempo posterior à eleição, ainda persiste a fraude na prestação de contas, mas não se trata de vício da eleição em si mesma.

Um segundo exemplo de tema de reforma política surge com a consagração do mote *“o mandato pertence ao partido, e não ao mandatário”*. O Congresso teve inúmeras oportunidades perdidas de formular regras precisas sobre fidelidade partidária, mas sempre adiou a decisão para tempos remotos. O TSE proclamou que o mandato pertencia ao partido, que poderia reivindicar na justiça o mandato do mandatário que dele tivesse migrado para legenda diferente. A princípio, tal tema pareceu inconstitucional, sob a ótica de que o art. 55 da Constituição previa os casos de perda de mandato. Mas o Supremo Tribunal Federal, em três mandados de segurança, n. 20.602, 26.603 e 26.604, decidiu que não havia cassação ou perda de mandato, mas apenas a fixação do mandato como bem partidário e não como apanágio pessoal, e que a recuperação do mandato pelo partido era constitucionalmente possível. Dessa forma, o Poder Judiciário estabeleceu as regras da fidelidade partidária, o que, ao longo do tempo, tem forçado uma grande modificação nos costumes político-partidários.

Dentro ainda do tema da fidelidade partidária, veio mais uma questão que representa profunda reforma: a competência da Justiça Eleitoral. Antes de 2007, sempre coube à Justiça Eleitoral o processo e julgamento dos casos surgidos com o e dentro do processo eleitoral. Ao estabelecer que *“o mandato pertence ao partido”* e ao lecionar que o partido ofendido pela infidelidade deveria procurar seus direitos *“na Justiça Eleitoral”*, nos mesmos mandados

de segurança acima mencionados, o Supremo também salientou que a competência da Justiça Eleitoral ia além do tempo do “*processo eleitoral*”.

Outra reforma política, essa no campo processual, está na Resolução 21.634, de 19.02.2004, que estabeleceu que o “rito ordinário” dos processos judiciários eleitorais não é aquele previsto no Código de Processo Civil, utilizado até então subsidiariamente, mas o rito previsto no art. 3º da Lei Complementar 64/90.

Mais um tema que pode se enquadrar no tema amplo da “reforma política” diz respeito à obtenção de certidão de quitação da Justiça Eleitoral, necessária para embasar pedido de registro de candidatura. O candidato a que fosse cominada multa administrativo-eleitoral não obteria quitação eleitoral enquanto não quitasse a multa. Também não obteria quitação eleitoral, durante todo o mandato a que tivesse concorrido, o candidato que tivesse suas contas rejeitadas ou que não as tivesse apresentado. Essas regras passaram a fazer parte da lei, que, no campo da prestação de contas, acolheu apenas a falta de quitação por não apresentação das contas (art. 11, § 7º, da Lei 9.504/97).

11. CONCLUSÃO

A reforma eleitoral é parte da reforma política, esta muito mais abrangente.

A nação brasileira quer uma reforma política eficiente, não porque a democracia esteja ameaçada, mas para que essa mesma democracia seja mais efetiva, e para que os procedimentos de ordem política se tornem mais transparentes, e os detentores de mandatos sejam verdadeiros representantes do povo, e não de minorias ou de si mesmos.

De outro lado, vê-se que existe imensa dificuldade na efetivação de uma reforma consistente, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário, que a princípio não tem competência para estabelecer reformas, busca, na interpretação do direito positivo existente, formas e fórmulas de tornar o mundo político melhor que era antes de cada decisão.

**INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE PERNAMBUCO**

A REFORMA POLÍTICA NO STF
E TSE: COMPREENDENDO A
JUDICIALIZAÇÃO DA “MEGA POLÍTICA”
NO BRASIL A PARTIR DOS CASOS
DA “FIDELIDADE PARTIDÁRIA” E
“FINANCIAMENTO DE CAMPANHA”

FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA

Professora da Universidade de Pernambuco (FCAP/UPE, campus Benfica/Recife) e da
Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Doutora e
Mestre em Direito Público (FDR/UFPE).
Advogada da União.

1. INTRODUÇÃO: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU DELEGAÇÃO LEGISLATIVA?

O fenômeno de expansão do Poder Judiciário nas arenas decisórias políticas, típico das democracias contemporâneas, é denominado de judicialização da política, expressão que ganhou relevância a partir dos anos 90, sobretudo com o esforço coletivo de pesquisa capitaneado por Neal Tate e Torbjörn Vallinder.

Segundo os autores, podem ser verificados dois aspectos da judicialização da política. O primeiro decorreria dos controles que os tribunais exercem da atividade legislativa e executiva quando provocados. Já o segundo refere-se à influência que o procedimento judicial – caracterizado pela existência de duas partes opostas, pela decisão de um terceiro imparcial e pelas garantias da ampla defesa e do contraditório – passou a ter hoje na formulação dos procedimentos da administração e dos parlamentos de forma geral.

Mas, para que estas constatações fossem possíveis, Neal Tate ressalta a necessidade de que os atores institucionais aceitem, de alguma forma, estes procedimentos. Assim, este novo papel da jurisdição depende da disposição dos juízes em aumentar seu âmbito de atuação, partindo para a discussão das atividades dos outros poderes. Além da disposição dos atores institucionais, o autor lembra que a judicialização é dependente de determinadas condições políticas, especialmente do tripé democracia, separação de poderes e garantia expressa de direitos fundamentais.

Parte-se também da ineficiência dos mecanismos da democracia tradicional.

Neal Tate remete, na definição das linhas gerais do fenômeno, à possibilidade de que os tribunais constituam um meio de discussão das decisões políticas quando impossível o debate entre oposição e governo na arena pública, ou ainda, nos momentos em que o desacordo entre Executivo e Legislativo impede a condução das atividades políticas¹.

1. TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 27-37, p. 28-36.

Na análise das possibilidades de adaptação do tema à realidade brasileira, Marcos Faro de Castro pondera que a aproximação entre direito e política é tão evidente na obra dos autores que chega a dificultar a distinção entre qual reivindicação é respaldada pela crença na existência do direito ou a que seria decorrente de mero interesse político².

Assentado este novo papel das cortes, o século XXI assiste à emergência de um novo momento, denominado por Ran Hirschl de judicialização da "política pura" (*judicialization of pure politics*) e, posteriormente, da "mega política" (*mega politics*), que consiste na total transferência às cortes dos temas de "absoluta e extrema importância", que definem e dividem um sistema político, constituindo as "questões existenciais nacionais". Trata-se de categoria abrangente, a incluir resultados eleitorais, mudança de regime político até intrincadas discussões sobre identidade coletiva e construção nacional³, sempre abarcada pela noção de que as cortes são o foro adequado para a decisão das grandes disputas políticas. E, obviamente, sujeita os tribunais à ampla reação quanto às suas decisões (ativismo) ou suas omissões (autocontenção)⁴.

Embora Hirschl não se refira propriamente ao caso pátrio, a interferência do STF e também do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em temas caros ao processo político permite questionamentos acerca da ocorrência da

2. CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997, p. 150.

3. Nas palavras do autor, tratam-se de "*matter of outright and utmost political significance that often define and divide whole polities*", HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1138008>. Acesso em 18 mai 2010, p. 7

4. Sobre a identificação de uma conotação negativa do ativismo judicial, ou um "insulto". SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 42. Na tentativa de estabelecer os diversos significados da expressão, cf. Kmiec, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1466. Em trabalho anterior, propomos uma dimensão "operativa" ao debate, sobretudo na análise do STF, LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

judicialização da “mega política” no caso brasileiro. Em contrapartida, a crise do sistema político-representativo pátrio, que reverbera nos poderes majoritários, dá margem à profícua discussão em torno da “reforma política”, que abrangeria “todas as modificações nos institutos que auferem os ditames da soberania popular, reestruturando os seus mecanismos, no que representa muito mais do que uma alteração eleitoral, porque incide nas estruturas da própria representação de poder”⁵.

A reforma arrasta-se há anos no Congresso Nacional, com diversos de seus projetos agrupados em torno da Proposta de Emenda Constitucional 182/2007 e 113/2015. Na ausência de deliberação legislativa e, diante da premissa do tema, a exigir pronta resposta das instituições estatais, o trabalho sustenta a hipótese de que houve uma delegação ao STF destas decisões, nos termos propostos por Dieter Grimm⁶. Isto porque a judicialização da política contempla a possibilidade de que, chamados a decidir sobre um determinado tema cuja solução pode se mostrar desvantajosa politicamente, os titulares dos poderes majoritários deixem a questão em aberto, na espera de uma decisão judicial que ponha termo ao problema⁷.

Diante da análise de decisões do STF e do TSE que repercutem sobre a discussão da reforma política, a partir das relevantes questões da “fidelidade partidária” e das “contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais”, discute-se se o tribunal engajou-se e promove alterações nas condições de deliberação pública, contribuindo assim para a judicialização da mega política no Brasil, diante de sua disposição ao ativismo judicial.

5. AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 64.

6. GRIMM, Dieter. Judicial activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen. **Judges in contemporary democracy**. An international conversation. New York: New York University Press, 2004. p. 17-65, p. 17.

7. TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, p. 27-37, p. 28-36.

2. O QUE É JUDICIALIZAÇÃO DA MEGA POLÍTICA? COMPREENDENDO A ALTERAÇÃO QUALITATIVA DA INTERFERÊNCIA JUDICIAL

O reconhecimento da judicialização da “mega política”, por Ran Hirschl, passa por eventos ocorridos em todo o mundo, que marcam a interferência judicial em domínios típicos e tradicionalmente reservados à política tradicional – ministradas por agentes políticos e pertencentes às órbitas das instituições majoritárias – nas diversas democracias constitucionais⁸.

Trata-se, assim, de uma alteração qualitativa, concernente aos temas fundantes dos processos políticos eleitorais, como pressupostos da deliberação política, regras do jogo eleitoral e do exercício dos mandatos eletivos e até afastamento dos escolhidos nos processos políticos.

Inicialmente, a interferência mais claramente política ocorre quando as cortes julgam questões relativas ao próprio processo democrático. Isto ocorreu na última década nos EUA, com as decisões da Suprema Corte sobre financiamento de campanhas, voto distrital (*gerrymandering*) e a redefinição dos distritos eleitorais, amplamente discutidas naquele sistema. Nessa categoria se incluem decisões sobre partidos políticos e candidatos – e seu afastamento das disputas eleitorais⁹ – e sobre validade das listas eleitorais.

8. HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1138008>. Acesso em 18 mai 2010, p. 3.

9. O julgamento de importantes líderes políticos em questões como corrupção, (Silvio Berlusconi na Itália, Alberto Fujimori no Peru) e, nas palavras do autor, ‘julgamentos políticos’ - nos quais lideranças foram indiciadas, desqualificadas e até “removidas” da competição política por um “judiciário politizado” também se representariam este novo momento. HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1138008>. Acesso em 18 mai 2010, p. 7-8. Outros autores, porém, distinguem a judicialização (voltada à transferência do debate político ao jurídico, das instituições majoritárias, eleitoralmente controláveis, pelo judiciário) do chamado processo de “criminalização da política”. PRZEWORSKI, Adam. Introduction. In: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (orgs.). *Democracy and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1-15, p. 14.

Em mais de 25 países, teve-se o arbitramento e até definição dos resultados eleitorais, como ocorreu em Taiwan (2004), Porto Rico (2004), Ucrânia (2005), Congo (2006), Itália (2006), México (2006) e Nigéria (2007) nas suas respectivas cortes constitucionais.

O questionamento no judiciário de questões como segurança nacional, política externa e política fiscal, matérias reservadas ao Poder Executivo, também teria se fortalecido. Nos Estados Unidos, por exemplo, as políticas encampadas pelo Governo no combate ao terrorismo após os atentados de 11 de setembro de 2001 foram amplamente questionadas sob à luz dos mecanismos da doutrina dos “freios e contrapesos”¹⁰ nas arenas judiciais.

A sindicabilidade judicial sobre temas relacionados às mudanças de regime justificaria, de igual forma, essa nova categoria, seja na apreciação de textos constitucionais, no arbitramento de conflitos entre Legislativo e Executivo e nas constantes decisões sobre processos políticos conturbados.

Como exemplos de cada uma das situações: (a) a “certificação constitucional”, em que a Corte Constitucional da África do Sul se recusou a aceitar um texto nacional oriundo de um corpo de representantes políticos; (b) quando a Corte da Coreia do Sul restabeleceu o presidente Roh Moo-Hyun, que tinha sofrido *impeachment* após decisão da Assembléia Nacional; (c) no Paquistão, teve-se com a validação de um golpe político, a partir da aplicação da doutrina da “necessidade do Estado” e no princípio “*salus populi suprema Lex*”, para “poupar o país do caos e da falência”¹¹.

A chamada justiça de transição ou reparadora é, igualmente, um campo importante para atuação judicial, tendo-se como exemplo mais eloqüente a decisão do Tribunal Constitucional Sul-Africano que permitiu

10. HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 1-44, 2008, p. 9.

11. HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 1-44, 2008, p. 11.

o estabelecimento da Comissão da Verdade e da Reconciliação (*Truth and Reconciliation Commission*), de caráter quase-judicial, mas que assegurou a anistia para as condutas praticadas no antigo regime de *apartheid* que fossem ali confessadas ("*amnesty-for-confession*").

A decisão do Tribunal Constitucional Espanhol, de 2005, que assegurou jurisdição aos tribunais daquele país para julgar casos relativos a genocídio e crimes contra a humanidade, independentemente do envolvimento ou vitimização de cidadãos espanhóis é considerada outro marco. Já as batalhas judiciais para reconhecimento da situação dos povos indígenas na Austrália, Canadá e Nova Zelândia e as demandas sobre as ações afirmativas nos EUA constituiriam exemplo de política de reparação¹².

Por fim, tem-se as decisões referentes à convivência e integração dos diversos grupos (religiosos, étnicos) em sociedades multiculturais (denominadas de "razão de ser" da política e agrupadas, na terminologia do autor, na categoria "*defining the nation via courts*")¹³. A manutenção do bilinguismo e o futuro político de Quebec na federação canadense, com a apreciação da constitucionalidade do Referendo de Secessão (1998) daquela Província; o *status* jurídico e a posição da *Sharia* no ordenamento jurídico do Egito e as decisões sobre a proibição do uso de trajes religiosos no sistema de ensino público nas cortes europeias seriam exemplos dessa intrincada e complexa intervenção judicial nos temas políticos.

Ao definir o recrudescimento do processo de interferência na arena política, Hirschl mostra uma nova faceta das instituições judiciais: o arbitramento de conflitos político-eleitorais. Pode-se cogitar que no Brasil,

12. HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1138008>. Acesso em: 18 mai 2010, p. 12-13.

13. HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1138008>. Acesso em 18 mai 2010, p. 14-17.

em que a discussão em torno de uma judicialização da política e das relações sociais é objeto de relativo consenso acadêmico¹⁴, fenômeno semelhante ocorre. Para tal fim, deve-se analisar as decisões das altas cortes – Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal – quanto a importantes temas da agenda política nacional.

3. CRIAR E REGULAMENTAR O EXERCÍCIO DO MANDATO PARLAMENTAR “VIA” STF E TSE: REQUISITOS MATERIAIS, SANÇÕES (PERDA DO MANDATO), REGRAS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA

As decisões em torno da denominada “fidelidade partidária” são consideradas emblemáticas da intervenção promovida pelo STF e instituições judiciais na arena política, e um exemplo, no “contexto da judicialização da política brasileira”, da transição que vem sendo efetuada por esta corte entre um período de autocontenção rumo a um período de ativismo¹⁵.

A questão teve origem em decisão do TSE, na apreciação da Consulta nº 1.398/DF (Relator Ministro César Asfor Rocha), formulada pelo então Partido da Frente Liberal (PFL) – atual DEM (Democratas) -, com base na previsão do art. 108 da Lei nº 4.737/65.

14. VIANNA, Luiz Werneck *et al.* A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999; CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Revisão abstrata de legislação e judicialização da política no Brasil*. São Paulo: USP, *mimeo*, 2005; . TAYLOR, Matthew M.. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

15. “Tendo em vista a *fundamental importância este julgado possui para a análise da judicialização da política brasileira*, bem como para a *contextualização do Supremo Tribunal Federal dentro de uma perspectiva mais ativista no exercício de suas competências*, mostra-se de grande valia para o presente trabalho sejam colacionados os principais argumentos deduzidos pelos ministros desta Corte neste julgamento”. POZZOBON, Roberson Henrique. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 10, p. 97-118, 2009, p. 107.

Na consulta, o TSE criou uma hipótese de perda do mandato parlamentar, na decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. Foram determinadas, ainda, as situações que configurariam "justa causa" para a desfiliação – como incorporação, fusão ou criação de novo partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e, por fim, grave discriminação pessoal do parlamentar. E apenas nestes casos não haveria a punição do representante.

A decisão da Consulta abrangeria não apenas a Câmara dos Deputados, mas também Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores.

Entendeu-se que, dentre os efeitos da desfiliação partidária pelo eleito, inclui-se a perda do direito de continuar a exercer o mandato eletivo. Criou-se, assim, uma nova causa de perda do mandato parlamentar¹⁶. Com efeito, o art. 55, da CF-88, expressamente dispõe sobre estas hipóteses e não inclui a "fidelidade partidária" entre estas¹⁷. Teve-se, neste caso, uma manifestação atípica de ativismo judicial, pois referida à aplicação direta de situações não previstas expressamente na norma constitucional e mais: independentemente

16. "Mas apenas destacar o fato jurídico de que a decisão dos tribunais (TSE e STF) criou uma nova categoria de perda de mandato parlamentar, distinta daquelas hipóteses previstas, que, como o próprio Ministro Celso de Mello reconheceu, constituem "numerus clausus". O fato de se estar estabelecendo mais uma hipótese de perda de mandato parlamentar, evidentemente, cria um problema institucional sério: a decisão tomada pelos dois tribunais é decorrência de um processo de interpretação constitucional ou tem ela caráter legislativo (no caso específico: de natureza constitucional)? (...) O próprio Ministro Celso de Mello enfrentou esta questão ao dizer que a Constituição conferiu ao Supremo "o monopólio da última palavra em temas de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental", o que pode ser interpretado como uma leitura fiel do artigo 102 da Constituição". VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008, p. 455.

17. Em acordo com o art. 55, da CF-88, são causas de perda do mandato do Deputado ou Senador: (I) infração das proibições estabelecidas no art. 54; (II) procedimento incompatível com o decoro parlamentar; (III) 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) perda ou suspensão dos direitos políticos; (V) decretação da Justiça Eleitoral, **nos casos previstos na Constituição**; (VI) condenação criminal em sentença transitada em julgado.

de manifestação do legislador ordinário¹⁸. Mais que mutação constitucional, constituiria o exemplo de atuação como “poder constituinte reformador”¹⁹.

Diante dos termos da Consulta n. 1398, do TSE, diversos partidos políticos requereram, junto a Presidência da Câmara dos Deputados, “a declaração da vacância, por renúncia presumida, de mandatos exercidos por deputados federais eleitos sob determinadas legendas e que migraram para outras”²⁰. Referidos pedidos foram indeferidos, o que ocasionou a impetração de mandados de segurança junto ao STF.

Este Tribunal confirmou, nos Mandados de Segurança nos. 26.602, 26.603 e 26.604, a fundamentação constitucional para a construção do TSE, determinando que os mandatos eletivos pertencem ao partido ou à coligação, desde que observada a garantia da ampla defesa pelos parlamentares (art. 5o, LIV, da CF-88), nos seguintes termos:

A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais - notadamente o direito de oposição - que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V). A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor

18. BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 26 jan 2009, p.8.

19. POZZOBON, Roberson Henrique. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, n. 10, p. 97-118, 2009, p. 113.

20. NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, p. 97-128, jan./mar. 2014, p. 120.

eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, "in fine"), (a) preservar a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições²¹.

Interessante notar, como fundamento da decisão, a afirmação da força normativa da constituição e, como corolário, o "monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional", ou seja, a afirmação da supremacia judicial.

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

- O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

- No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre

21. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603/DF. Ementa: Constitucional. Mandato eletivo. Deputado federal. Perda do mandato. Fidelidade partidária. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Diário de Justiça da União. Brasília, DF, 19 dez.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>

os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes.

- A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental²².

De acordo com José de Ribamar Barreiros Soares, o “Ministro Marco Aurélio (2007) considera a decisão do Tribunal Superior Eleitoral sobre a questão da fidelidade partidária como tendo sido “a decisão mais importante, em termos de purificação, dos últimos tempos”. Entendeu tratar-se de “um avanço considerável em termos de cidadania e de fortalecimento dos partidos políticos”²³.

22. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603/DF. Ementa: Constitucional. Mandato eletivo. Deputado federal. Perda do mandato. Fidelidade partidária. Relator(à): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 19 dez.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28constitucional+e+mandato+e+eletivo+e+deputado+e+federal+e+fidelidade%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados> Acesso em: 1 nov. 2012.

23. SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil**: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ. Brasília, 2010. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 jan. 2012, p. 105.

Ainda sobre o tema da fidelidade partidária, no mesmo ano de 2007, o TSE, na apreciação da Consulta no 1.407, formulada pelo deputado Nilson Mourão (PT/AC), estabeleceu que os novos contornos da fidelidade partidária também seriam aplicáveis aos titulares dos cargos majoritários, como Chefes de Executivo nos três entes (Presidente da República, Governadores de Estado e do Distrito Federal, Prefeitos Municipais) e Senadores.

As inovações não param por aqui.

Logo depois, teve-se aprovação da Resolução no 22.610, que disciplinou o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária. Nesta, o TSE estabeleceu o procedimento e atribuições para as situações de perda de mandato. Compete ao partido formular o pedido de desfiliação à Justiça Eleitoral, no prazo de trinta dias; se não o fizer, cabe a qualquer pessoa – que detenha interesse jurídico – ou ao Ministério Público proceder ao requerimento que, se julgado procedente, ensejará a decretação da perda do cargo e *comunicação* da decisão ao Presidente da Casa Legislativa para que promova a posse do suplente ou vice – em dez dias (art. 10).

Afirma-se que, com tal Resolução, o TSE estabeleceu dois meios para obter-se a vacância do mandato eleitoral; (I) administrativo-institucional, que se desenvolve no âmbito das próprias casas legislativas e (II) cível-eleitoral, na Justiça Eleitoral, para perda de mandato ou sua restauração²⁴.

Há profunda crítica, porém, quanto ao estabelecimento deste segundo procedimento, denominado pelo STF e TSE de “administrativo eleitoral”, mas que se desenvolve num órgão de Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral, em detrimento da regra do art. 22, I, CF-88, que fixa a competência privativa da União para legislar sobre Direito Eleitoral e Processo Civil. Aliás, questiona-se o fato de que as discussões acerca da perda de mandato

24. Para a descrição de ambos os procedimentos, cf. CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil** – temas complexos. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 70-85.

após o prazo de 15 dias após a diplomação, sempre se desenvolveram na Justiça Comum, e não na especializada²⁵.

No mérito, confirmou-se que o cargo pertence ao partido político, uma vez que, em caso de pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito para outra agremiação, este seria preservado pela legenda.

Estabelecidas, ainda, regras intertemporais no art. 13, que estabelece a aplicação da resolução às desfiliações consumadas após 27 de março de 2007, para os eleitos pelo sistema proporcional, e após 16 de outubro de 2007, para os eleitos pelo sistema majoritário

As alterações promovidas pelo TSE e STF, por sua vez, foram objeto de debates no Parlamento. Com efeito, a Lei nº 13.165, de 2015 (conhecida como “reforma eleitoral” de 2015), regulamentou o tema, ao incluir o art. 22-A, com a seguinte redação:

Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II - grave discriminação política pessoal;

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação

25. No caso dos mandatos federais, a competência seria do Tribunal Superior Eleitoral; ao passo que nos mandatos municipais e estaduais, dos Tribunais Regionais Eleitorais. CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil** – temas complexos. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 85; p. 115.

exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.²⁶

Observa-se a exclusão, dentre as hipóteses de justa causa autorizadas de mudança de agremiação, da “criação, fusão e incorporação de partidos”. Além disso, o Congresso estabeleceu, dentre as exceções à regra da fidelidade partidária, “a mudança de partido”, independentemente de motivação, desde que ocorra no prazo de 30 dias antecedentes ao prazo mínimo de filiação partidária (cf. art. 9º da Lei nº 9.504/97)²⁷.

A Lei nº 13.165/2015 foi questionada no STF, na ADI nº 5.398/DF, ajuizada pela Rede Sustentabilidade (REDE)²⁸. A agremiação, então recentemente criada, discutiu a possibilidade de exclusão da “criação de partido novo como hipótese de justa causa para desfiliação partidária”. Em sede de medida cautelar, afirmava a contrariedade ao “regime jurídico consolidado” empreendido pela Resolução nº 22.610/2007 do TSE²⁹ que, na Consulta nº 755-35, consignou “como prazo razoável para a migração de detentores de

26. BRASIL. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nos 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 29 set. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

27. SEVERO, Gustavo; CHAVES, Humberto. A Reforma Eleitoral de 2015 – Breves comentários à Lei nº 13.165/2015. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral** – RBDE, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 81-120, jul./dez. 2015, p. 84.

28. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5398, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=225&dataPublicacaoDj=12/11/2015&incidente=4867933&codCapitulo=6&numMateria=169&codMateria=2>> Acesso em: 12 mar. 2016.

29. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 22.610, de 25 de outubro de 2007. Disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 30 jul. 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasil-2013-df>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

mandato a partido novo, sem perda do cargo eletivo, o período de 30 (trinta) dias contados do registro do estatuto partidário pelo TSE”.

A liminar foi parcialmente concedida pelo Min. Luis Roberto Barroso, nos seguintes termos:

(...) Por esses motivos, impedir a filiação desses parlamentares aos novos partidos sem perda de cargo inviabiliza que tais agremiações tenham, desde já, direito à realização de propaganda partidária e de maior participação na distribuição do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral gratuita para as eleições municipais de 2016.

Considerando-se que as próximas eleições para a Câmara dos Deputados e para o Senado Federal somente ocorrerão em 2018, a abertura da “janela” de desfiliação, prevista no art. 22-A Lei nº 13.165/2015, somente ocorreria em março de 2018. Assim, pela disciplina hoje vigente, nenhum deputado federal poderia migrar para as legendas recém-fundadas, levando consigo sua representatividade.

31. Em segundo lugar, a nova norma causa embaraço ao funcionamento parlamentar dos novos partidos. É que somente com a migração de parlamentares podem as legendas recém-criadas obter, desde a sua criação, funcionamento parlamentar, i.e, o direito de se fazerem representar nas casas legislativas, organizando-se em bancadas, sob a direção de um líder, e participando das suas diversas instâncias.

Constata-se, assim, inequívoco periculum in mora, apto a justificar a concessão de medida cautelar.

(...) defiro parcialmente a medida cautelar postulada, ad referendum do Plenário, para determinar a devolução integral do prazo de 30 (trinta) dias para filiações aos partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral até a data da entrada em vigor da Lei nº 13.165/2015³⁰.

Verifica-se, assim, que o STF ao ratificar as decisões e consultas do TSE, estabeleceu ampla regulamentação ao instituto da fidelidade partidária: requisitos materiais, sanções (perda do mandato), regras do procedimento administrativo e judicial (sem prejuízo da distribuição de competências entre os órgãos da Justiça Eleitoral), no que contou com a anuência do Congresso Nacional.

4. FINANCIAMENTO DE CAMPANHA NA ADI 4650: QUANDO O STF PRONUNCIA-SE SOBRE A REFORMA POLÍTICA E RESSALVA O PAPEL DO PARLAMENTO

O Conselho Federal da OAB propôs, em 05/09/2011, a ADI n. 4.650, em que questiona o modelo, então vigente, de financiamento de campanhas eleitorais e de partidos políticos. A inicial sustentava a inconstitucionalidade dos arts. 23, § 1º, incisos I e II, 24 e 81, *caput* e §1º da Lei nº 9504/97 (Lei das Eleições) e os arts. 31, 38, inciso III, e art. 39, *caput* e §5º da Lei nº 9096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), ao permitirem, a *contrario sensu*, a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais e partidos políticos. Deste modo, seria uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Isto porque, segundo a OAB, este modelo violaria o art. 1º, *caput*, art. 5º, *caput*, art. 14, *caput* e

30. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5398, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. *Diário de Justiça da União*. Brasília, DF, 12 nov. 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp>> Acesso em: 12 mar. 2016, p. 15.

parágrafo único e o art. 60, § 4º, II, da CF-88, que encartariam os princípios da isonomia, democrático, republicano e da proporcionalidade.

Não bastasse o pedido de reconhecimento da invalidade material do financiamento, que ensejaria uma relação de dependência entre os poderes político e econômico, sem prejuízo da assimetria entre os participantes do processo (via recursos próprios ou de contribuições) e de igualdade de chances, pugnava-se, na exordial, determinação específica ao Congresso Nacional, para “editar legislação que estabeleça”:

limite per capita uniforme para doações a campanha eleitoral ou a partido por pessoa natural, em patamar baixo o suficiente para não comprometer excessivamente a igualdade nas eleições, bem como (2) limite, com as mesmas características, para o uso de recursos próprios pelos candidatos em campanha eleitoral, no prazo de 18 meses, sob pena de, em não o fazendo, atribuir-se ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para regular provisoriamente tal questão³¹.

O debate foi profícuo, com ampla argumentação por parte dos atores envolvidos. Câmara dos Deputados e Senado Federal defenderam a constitucionalidade dos dispositivos, ao passo que a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela procedência da ação. Admitidas, ainda, muitas entidades enquanto *amici curiae*, como a Secretaria Executiva do Comitê Nacional do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral – SE-MCCE, do Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB e, em petição conjunta, da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade

31. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4650, Relator(a): Luiz Fux, julgado em: 17/09/2015. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 24 fev. 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650>>. Acesso em: 12 mar. 2016, p. 2.

de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – CLÍNICA UERJ DIREITOS e do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais – IPDMS.

Ao final, a ação foi julgada parcialmente procedente, “para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a *contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos”, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e “ e jurídicas”, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95. A pretensão de estabelecimento de critérios específicos para a atuação parlamentar, portanto, foi afastada.

Interessante perceber, na argumentação dos ministros, o dilema posto à apreciação do tribunal: sob o princípio da separação dos poderes, a temática demandaria atuação específica do Legislativo Federal. Na ausência desta, caberia ao STF desempenhar, como afirmou o Min. Luis Roberto Barroso, uma dupla função: contramajoritária, em detrimento das escolhas políticas das maiorias políticas, mas também representativa, por concretizar anseios da sociedade que não encontram acolhida no Parlamento.

Ao final, a preocupação foi espelhada na própria Ementa do acórdão:

1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.
2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções

mais deferentes e formalistas, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria³².

De toda sorte, o reconhecimento da função do Parlamento fica clara, numa das primeiras menções expressas à perspectiva de um diálogo institucional no âmbito do STF. Isto porque o Min. Luis Roberto Barroso, ao esclarecer que além da declaração de inconstitucionalidade das normas, asseverou que a decisão teria o condão de “deflagrar ou endossar um debate institucional, um diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional a propósito da concretização de regras do jogo democrático. Não são simples opções políticas”³³.

Deste modo, os membros do tribunal compreenderam que a instituição desempenha um papel de arbitragem dos conflitos, mas resguardaram a competência e legitimidade parlamentar no exercício do poder de reforma constitucional.

Diante desta ressalva no julgado do STF, importante lembrar as tensões inerentes às relações entre judiciário e legislativo nas democracias constitucionais. Isto porque, para Alec Stone Sweet, a judicialização da política é um fenômeno verificável, em seus efeitos diretos e indiretos, na observação de como e por que a legislação é alterada em consequência do debate constitucional. Por essa razão, o autor entende que há um “cinturão de transmissão” entre a corte e as oposições, uma vez que, quanto mais profundo é o debate constitucional, mais judicializado é o sistema.

32. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4650, Relator(a): Luiz Fux, julgado em: 17/09/2015. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 24 fev. 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650>>. Acesso em: 12 mar. 2016, p. 3.

33. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4650, Relator(a): Luiz Fux, julgado em: 17/09/2015. Voto do Ministro Luis Roberto Barroso. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 24 fev. 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650>>. Acesso em: 12 mar. 2016, p. 131.

Aliás, a judicialização não é permanente, tampouco uniforme.

Há momentos em que a interação é maior; em outros, menor. Isso ocorre tanto na corte quanto no próprio poder legislativo. Em sistemas altamente judicializados, a corte "legisla" e o parlamento é influenciado pela linguagem jurídica³⁴.

Resta saber, portanto, como o Legislativo Brasileiro responderá à intervenção judicial em questões relevantes para uma Reforma Político-Eleitoral.

5. CONCLUSÕES: QUEM FARÁ A EFETIVA REFORMA POLÍTICA NO BRASIL?

O tema da Reforma Política, como corolário da crise de representatividade enfrentada pelo sistema político em geral e pelas instituições estatais majoritárias – parlamento e executivo - em particular, ocupa a agenda nacional há alguns anos. Diversos são os projetos de emenda constitucional em curso, sem prejuízo das alterações já promovidas na legislação eleitoral. Recentemente, teve-se uma "pequena reforma eleitoral" empreendida pela Lei n. 13.165/2015, com mudanças pontuais na Lei no. 9096/95, incluindo regras de administração partidária e incentivo à participação feminina, limites ao financiamento de campanhas e outros.

A constitucionalização dos principais caracteres do sistema político-representativo, contudo, exige que as mudanças mais drásticas no arranjo jurídico de 1987/1988 sejam feitas através de Emenda Constitucional.

Neste sentido, o Congresso Nacional, no início de 2015, constituiu Comissão Especial para Reforma Política. E, após diversos tramites legislativos, tem-se a

34. Isto ocorre inclusive quando o governo chega ao que denomina de auto-restrição, na preferência por negociar com a oposição, para afastar o risco de que determinada política seja anulada pela corte constitucional. SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 188.

consolidação da PEC no. 182/2007 à PEC no. 113/2015. Recentemente, houve a promulgação da EC no. 91/2016, que “estabelece a possibilidade, excepcional e em período determinado, de desfiliação partidária, sem prejuízo do mandato”.

Os trâmites parlamentares, entretanto, não parecem acompanhar os clamores da sociedade civil e dos atores políticos. Expressivos setores se mobilizam há anos em torno do torno da premência de alteração das regras do jogo político-eleitoral; a pressão, nos últimos anos, acentuou-se.

Como exemplo, tem-se a “Coalizão pela Reforma Política Democrática e Eleições Limpas”, cujas principais propostas são: “proibição do financiamento de campanha por empresas e adoção do Financiamento Democrático de Campanha; eleições proporcionais em dois turnos; paridade de gênero na lista pré-ordenada; fortalecimento dos mecanismos da democracia direta com a participação da sociedade em decisões nacionais importantes”³⁵. Referida coalizção congrega entidades como OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), CUT Brasil (Central Única dos Trabalhadores) e UNE (União Nacional dos Estudantes), dentre outras dezenas de representantes dos mais diversos setores³⁶.

Paralelamente ao processo parlamentar, atores políticos, através de consultas ao TSE, e associações como o Conselho Federal da OAB, que ostenta a condição de legitimado universal para propor ações do controle concentrado de constitucionalidade junto ao STF, provocam as instituições judiciais para que, na interpretação dos princípios constitucionais, estabeleçam diretrizes para assegurar a higidez do processo político-eleitoral.

Como observa John Ferejohn, há três possibilidades para que a cortes intervenham na função legislativa, ao interagir com os parlamentos: (a) quando impõem limites substanciais ao poder das instituições legislativas;

35. <http://www.reformapoliticademocratica.org.br/conheca-o-projeto/>.

36. <http://www.reformapoliticademocratica.org.br/quem-somos-2/>.

(b) quando se convertem em espaço de debates de questões típicas da política substantiva; (c) quando se mostram dispostas a regular a própria atividade política, com a aplicação de normas de comportamento aceitáveis às legislaturas, às agências ou ao eleitorado.

E certamente que essas possibilidades de interferência repercutem sobre os parlamentos, que acabam por reconhecer a atividade das cortes como variável a ser contabilizada em seu jogo político. Por isso, políticas públicas são convertidas em direito. E, para além da judicialização da política, a atividade legislativa é direcionada às cortes, o que transforma essas instituições³⁷.

Neste sentido, a judicialização da mega política no Brasil é evidente, diante da assunção de temas como a fidelidade partidária e financiamento de campanhas às instituições judiciais. E TSE e STF, na apreciação de consultas e estabelecimento de resoluções, mandados de segurança, ações diretas de inconstitucionalidade, não se furtam ao seu papel, na construção de uma jurisprudência expansiva.

Estas decisões são objeto de ampla polêmica, como descrito. A crítica se volta aos aspectos técnicos dos julgados, na dimensão denominada de "metodológica" do ativismo, quando os tribunais se afastam dos "cânones aceitáveis" para a atuação judicial. Sob o prisma da separação entre os poderes, a análise da real intervenção dos tribunais também engloba uma abordagem institucional, quanto à superposição sobre a atuação dos poderes majoritários³⁸, que também configura seu ativismo, na constante afirmação da titularidade da interpretação constitucional.

Mais recentemente, verifica-se que o STF, ao invés de afirmar seu papel de detentor da "última palavra", enfatiza sua função de propulsor

37. FERREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002, p. 44-53.

38. LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 179.

do debate. Ou, como salientou o Min. Luis Roberto Barroso, por ocasião do julgamento da ADI n. 4.650:

E, aqui, vem a questão do papel do Supremo Tribunal Federal. Eu acho - continuo a achar, espero continuar achando - que, em uma democracia, decisão política deve ser tomada por quem tem voto. Portanto, a reforma política que o país precisa, sistêmica, capaz de produzir alguns resultados sobre os quais falarei em seguida, tem que ser feita pelo Congresso Nacional. Ela não pode ser feita pelo Supremo, não pode porque nos faltaria legitimidade democrática; não pode porque, talvez, nos faltasse competência; não pode porque, talvez, nos faltasse consenso sobre qual reforma política.

Neste caso, o STF deixou claro seu papel: “fazer andar a história, quando ela tenha parado”³⁹. Resta saber se o Congresso Nacional, cuja atividade contempla e demanda uma indiscutível dimensão representativo-majoritária, continuará a delegar ao Poder Judiciário, em decorrência de sua omissão quanto aos clamores por uma reforma, o papel de regulador das condições do processo político.

Por fim, é de se destacar, em tempos de judicialização da mega política, que a questão da legitimidade democrática do Poder Judiciário deve ser analisada sob a ótica da funcionalidade da instituição para a democracia, permitindo a preservação dos procedimentos⁴⁰. O caráter aberto de uma constituição, como recorda Gustavo Zagrebelsky, traz ao Judiciário a

39. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4650, Relator(a): Luiz Fux, julgado em: 17/09/2015. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 24 fev. 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650>>. Acesso em: 12 mar. 2016, p. 129.

40. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 43.

obrigação de determinar e defender as regras da competição política, mas não de dirigir os debates⁴¹.

6. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 26 jan 2009.

BRASIL. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nos 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 29 set. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/l13165.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4650, Relator(a): Luiz Fux, julgado em: 17/09/2015. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 24 fev. 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5398, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=225&dataPublicacaoDj=12/11/2015&incidente=4867933&codCapitulo=6&numMateria=169&codMateria=2>> Acesso em: 12 mar. 2016.

41. ZAGREBELSY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999, p. 53-54.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603/DF. Ementa: Constitucional. Mandato eletivo. Deputado federal. Perda do mandato. Fidelidade partidária. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 19 dez.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28constitucional+e+mandato+e+eletivo+e+deputado+e+federal+e+fidelidade%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EA-CMS%2E%29&base=baseAcordaos> Acesso em: 1 nov. 2012.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Revisão abstrata de legislação e judicialização da política no Brasil**. São Paulo: USP, *mimeo*, 2005.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Meideiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil** – temas complexos. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CÔELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Direito eleitoral e processo eleitoral** – direito penal eleitoral e direito político. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002.

GRIMM, Dieter. Judicial activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen. **Judges in contemporary democracy**. An international conversation. New York: New York University Press, 2004. p. 17-65.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1138008>. Acesso em 18 mai 2010.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, p. 97-128, jan./mar. 2014.

POZZOBON, Roberson Henrique. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, n. 10, p. 97-118, 2009.

PRZEWORSKI, Adam. Introduction. In: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (orgs.). **Democracy and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1-15.

SEVERO, Gustavo; CHAVES, Humberto. A Reforma Eleitoral de 2015 – Breves comentários à Lei nº 13.165/2015. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral** – RBDE, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 81-120, jul./dez. 2015.

SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ. Brasília, 2010. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 jan. 2012.

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

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power?. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p. 28-36.

TAYLOR, Matthew M.. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1999.

O VOTO DEVE CONTINUAR A SER OBRIGATÓRIO?

ANTONIO MARIO DE ABREU PINTO

Presidente do Instituto dos Advogados de Pernambuco.

*“O eleitor que não se preocupa suficientemente com as eleições para ir dar o seu voto, é exatamente a pessoa que, se puder votar sem esse pequeno sacrifício, dar seu voto à primeira pessoa que pedir, ou o dar segundo os mais insignificantes ou os mais frívolos motivos.” **Stuart Mill***

Teremos que analisar se a votação, que é o procedimento que tem lugar numa eleição para o povo escolher os seus representantes, deverá continuar a ser obrigatória ou alterada para voluntária.

O processo eleitoral mais antigo onde o voto não é obrigatório e ainda em ininterrupta atividade, é o conclave realizado pela Igreja Católica para eleição dos Papas, um ritual praticamente inalterado há oito séculos, desde que o Papa Gregório X o criou em 1274 e instituiu a base dos atuais conclaves.

O mais antigo exemplo de voto obrigatório foi, na Grécia antiga, a determinação de Solon que, “com o fito de prevenir os perigos da inação e indiferença, punia os cidadãos que em tempos de agitação não se declarassem abertamente por alguns partidos”.¹

Com a obrigatoriedade, deseja-se evitar o abstencionismo, que se considerava prejudicial à comunidade jurídica.²

O voto obrigatório foi e ainda é utilizado por regimes dos mais distintos matizes, democráticos ou autoritários, desenvolvidos ou não e pelos mais variados motivos – doutrinários políticos ou mesmo pela inércia de princípios consagrados a longo tempo. Entre os países que o adotam ou já o adotaram

1. Dicionário do Voto / Walter Costa Porto. – Brasília – Editora Universidade de Brasília : São Paulo : Imprensa Oficial do Estado, 2000, Voto Obrigatório, pág. 455, citando entre aspas: Lisboa, João Francisco Lisboa, Jornal de Timon, Eleições na Antiguidade, Brasília, Alhambra, s.d., p.18.

2. Idem item 1 supra.

em alguma ocasião estão, dentre outros, os seguintes: a) Na Europa: Áustria, Bélgica, Bulgária, Dinamarca, Espanha, Grécia, Holanda, Hungria, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Suíça e Republica Tcheca; b) Nas Américas: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Peru, Republica Dominicana e Venezuela; c) África: Congo, Egito, Gabão, Republica Árabe Unida e Zaire; d) Na Ásia: Republica Democrática da Coréia e Singapura; e) Oceania: Austrália.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 considerava que os representantes da soberania nacional eram o Imperador e a Assembleia Geral e que o sufrágio tinha função social. Era, entretanto, omissa quanto a obrigatoriedade do alistamento e do próprio voto, a lei de 1828, chamada Regimento das Câmaras Municipais do Império e que foi a lei orgânica dos municípios até 1891, estabelecia punição pecuniária aos eleitores que injustificadamente não cumprissem com o dever cívico de votar.

Destarte no tempo do Império a lei eleitoral previa então como delito passível de sanção pecuniária a abstenção não justificada, mesmo que o alistamento e o voto não constituíssem deveres constitucionais. A lei nº. 387 de agosto de 1846, punia com multas pecuniárias os eleitores que não participassem da escolha dos juízes de paz e dos vereadores municipais, exceto se houvesse um impedimento legítimo devidamente comunicado às mesas eleitorais.

Em 1922, dizia Tavares de Lyra: “Sobre o voto, temos ensaiado todos os sistemas conhecidos, com exceção, apenas, do voto obrigatório, do voto proporcional e do voto das mulheres.”

Mas ele se equivocava, pois, as multas, como vimos anteriormente, indicadas pela Lei nº. 387 de 1846, punia os votantes que se abstivessem de votar.

Em projeto de reforma eleitoral apresentado em 1873, o Deputado João Corrêa de Oliveira, sugeria, entre outros itens, o voto obrigatório, mas “o projeto não foi aprovado.”³

3. Idem item i supra, citando entre as aspas: In: Pinto, Antônio Pereira, org. Reforma Eleitoral. Brasília: Urb. 1983, p. 367.

O voto obrigatório só entrou definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro em 1932, quando foi criada a Justiça Eleitoral do Brasil e promulgado o primeiro Código Eleitoral, transformações necessárias para trazer mais credibilidade ao processo eleitoral e garantir que os eleitores comparecessem às eleições, afastando o medo de uma participação mínima, o que poderia tirar a legitimidade do processo eleitoral.

Foi na época do início da era Vargas, momentos antes de um golpe de estado marcado pelo autoritarismo político.

Mas, o princípio da obrigatoriedade do voto só foi introduzido na Constituição da República em 1934 com o “status quo” de dever jurídico constitucional. O art. 109 daquela carta determinava que: “são obrigatórios para os homens, e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvo as exceções que a lei determinar.”

Desde então o voto obrigatório esteve presente em todas as constituições, com a exceção da Carta de 1937, que aboliu não só a obrigatoriedade do voto como as próprias eleições.

Depois do Estado Novo, as Constituições de 1946, 1967 e 1969, respectivamente em seus arts. 133, 142 §1º e 147 §1º, declaravam todas igualmente ser “o alistamento e o voto obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei”.

Feita essa pequena digressão histórica vamos passar para a discussão principal relativa a questão se o voto deveria continuar a ser obrigatório?

A nossa Constituição atual de 1988, estabelece conforme o art. 14 §1º determina que “o alistamento eleitoral e o voto são:

- I – obrigatório para maiores de 18 anos;
- II – facultativos para:
 - a) os analfabetos;
 - b) os maiores de 70 anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.”

De acordo com o código eleitoral, em seu art. 7º, o eleitor que deixar de votar e não se justificar, até sessenta dias depois da eleição, deve pagar uma multa de 3 a 10% sobre o salário mínimo de sua região. Multa de igual montante se aplica ao brasileiro nato que não se alistar até os dezenove anos e aos naturalizados que não se alistarem até um ano depois de adquirida a nacionalidade brasileira.

A lei nº. 7.444, de dezembro de 1985, estabelece que, sem prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que justificou devidamente, o eleitor não poderá, entre outras coisas, inscrever-se em concursos ou provas públicas nem ser empossado em qualquer cargo governamental; não pode receber qualquer tipo de vencimentos de nenhuma empresa ligada ao setor público; não pode participar de concorrências públicas ou administrativas de órgão algum nem obter empréstimo ou celebrar contratos em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo.

Também não poderá obter passaporte ou carteira de identidade, praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou do imposto de renda, renovar matrícula em estabelecimentos de ensino governamentais ou por ele subvencionados. Finalmente, será cancelada a inscrição do eleitor que não votar em três eleições consecutivas, não pagar multa ou não se justificar no prazo de seis meses, a contar da data da última eleição a que deveria ter comparecido.

Embora seja relativamente fácil justificar a ausência nas eleições, as retaliações para aqueles que não o fazem, são sérias, como também as multas muitas vezes não são cobradas pois, após muitos pleitos, apressa-se o Congresso em votar projeto de lei com o perdão aos faltosos, além do que o valor da multa é ínfimo.

Nossa Constituição atual além de estabelecer que o voto é obrigatório, também estabelece em seu art. 77 que “será considerado eleito presidente o

candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos”.

O princípio da não validação dos votos em brancos e nulos vale também para as eleições estaduais, bem como a regra da maioria absoluta de votos traz algumas consequências relevantes ao nosso sistema eleitoral.

A existência simultânea destas três regras: obrigatoriedade, necessidade de maioria absoluta de votos (50%+1) e não validação dos votos brancos e nulos, num mesmo sistema eleitoral traz consequências relevantes.

Se os votos em branco e os votos nulos não são computados para cálculo da maioria absoluta, o candidato que lidera a eleição acaba sendo beneficiado: quanto maiores forem eles (os votos em branco e nulos), menor é número de votos necessários para que o líder alcance a maioria absoluta de votos (50%+1) do eleitorado.

Indiretamente, os votos brancos e nulos são dados para a maioria. Nessas condições, a legislação reserva aos eleitores papel de marionetes, obrigando-os a escolher entre candidatos por eles indesejáveis.

O eleitor é ludibriado dessa maneira, pois seu voto termina por favorecer determinado nome quando na verdade ele pretendia manifestar sua repulsa aos candidatos impostos.

Os votos em branco e nulos são uma forma dos eleitores manifestarem a sua rejeição aos candidatos postos.

A compulsoriedade do voto somente é legítima quando a legislação admite a possibilidade de emissão do voto em branco serem considerados válidos, fazendo-os pesar no cálculo que define a maioria, de tal forma que este não acabe beneficiando a alguém, à revelia do eleitor. Ainda que considere, votar, dever do eleitor, ninguém pode força-lo a exprimir uma opinião.

A obrigatoriedade só não constitui uma limitação a liberdade pessoal do eleitor se o voto em branco porventura dado por ele for considerado válido.

A conclusão que se chega é que não deve coexistir a obrigatoriedade do voto e a não computação dos votos brancos.

Como no Brasil, o voto é obrigatório e os votos em branco não são computados como votos válidos significa que a legislação não reconhece objeção de consciência política e que o eleitor que opta por se expressar dessa forma não faz mais do que um protesto platônico.

Assim a legislação deve escolher entre uma coisa ou outra, sendo incompatível a manutenção simultânea de ambas, situação na qual se interfere com a liberdade de consciência do votante; ou o voto em branco é computado no cálculo da maioria ou suprime-se a obrigação de votar. Além de não ser razoável obrigar alguém a comparecer ao pleito para registrar seu voto branco na urna eletrônica, para posteriormente não o considerar, a manutenção simultânea destes princípios constitui uma grave violação da liberdade de consciência do votante, uma vez que votando em branco, facilita-se a vitória do candidato mais votado.

Na verdade o voto em branco, assim como os nulos são uma forma de abstenção que com a não obrigatoriedade do voto provavelmente diminuiria a sua incidência.

Por outro lado, observando-se o Brasil de mais de meio século atrás, se vê um quadro político e econômico totalmente diferente do atual.

Hodiernamente, mais de 80% da população vive em áreas urbanas, onde a massa política é mais atuante e a população é mais esclarecida devido à atuação da mídia e o amplo e fácil acesso à informação que temos hoje graças à globalização. Isso fez com que as classes econômicas mais baixas abandonassem o servilismo intelectual e passassem a defender mais suas próprias ideias e interesses.

Esse é o resultado global de um processo de desenvolvimento científico-tecnológico não só acontecido no Brasil.

Se o voto obrigatório foi um instrumento supostamente utilizado para que o cidadão se interessasse mais pela vida política, porque a “massa popular”

não era preparada para o voto facultativo, hoje isso não é uma realidade, ainda mais pelo momento em que o Brasil está passando agora.

Com tantos casos de corrupção, a política brasileira nunca esteve tanto em evidência na mídia, não há quem não escute sobre política e não há quem não tenha uma mínima noção sobre o assunto.

A consequência disso pode vir a ser a maior conscientização da população: se o descontentamento em relação aos nossos políticos está tão grande, é mais provável que o eleitor queira votar na melhor opção na próxima eleição.

Porém, em razão de o Brasil ser um país muito grande, com mais de 140 milhões de eleitores, sempre existirá ainda um número de pessoas que não tem interesse em participar da vida política, mas será que a solução é fazê-las votar por obrigação?

É claro que os “eleitores compulsórios” têm chances reduzidas de votar num candidato sério e honesto, isso quando seus votos não são negociados, já que não possuem o menor interesse pela vida pública, estando mais propensos a serem atraídos por interesses periféricos aliados de interesses egoístas.

Em virtude da obrigatoriedade do voto, adentra subitamente no cenário político uma massa substancial de eleitores, que entre outras características:

- a) tem reduzida motivação política;
- b) tem reduzido conhecimento político;
- c) são menos identificados com os partidos políticos;
- d) são sempre mais indecisos que os demais; e
- e) são mais propensos a darem o seu voto em troca da satisfação de interesses egoístas.

Por isso que o mais sensato, além de mais democrático, é dar ao cidadão o livre arbítrio para se autoavaliar e decidir se está apto ou não para exercer sua cidadania através do voto, além do que permitiria ao eleitor voluntário manifestar conscientemente o seu voto.

A obrigatoriedade do voto fere a liberdade individual que se reflete numa constituição que garanta o direito do próprio cidadão tenha o direito de livremente escolher se deseja votar ou não, aliás está na mídia uma propaganda da próprio próprio TSE que tem o slogan: "Votar não é uma obrigação, é um direito."

Na verdade o sufrágio é um direito público subjetivo, um direito inerente a condição de cidadão, que inclui tanto o poder de escolha dos representantes quanto a possibilidade de concorrer aos cargos públicos eletivos, assim sendo um direito não deveria ser obrigatório, devendo ser dado ao cidadão a possibilidade de exercê-lo ou não.

Ademais disso, não são todos os eleitores que vão para as urnas de toda forma. Na última eleição, cerca de 27% se abstiveram ou votaram nulo ou branco, apesar de que esses últimos votos não tenham sido computados como vimos acima.

Vê-se que a obrigatoriedade do voto é, portanto, a obrigatoriedade do comparecimento do eleitor à seção eleitoral, já que ele não fica obrigado a emanar sua vontade através de algum candidato. Essa alta porcentagem termina favorecendo os partidos majoritários e seus respectivos candidatos, o que nem sempre é melhor, tendo em vista a grande crise na qual o Brasil se encontra.

Assim, o voto facultativo é capaz de melhorar a qualidade do pleito eleitoral através da participação voluntária de eleitores conscientes e motivados pelas propostas originadas de partidos e candidatos, menos vulneráveis a fatores ligados ao clientelismo ou assistencialismo.

Talvez uma mudança de obrigatório para facultativo, no Brasil, acenderiam debates sobre o voto e sua alta importância para melhorar e alavancar a qualidade do pleito, além de que os partidos iriam procurar incentivar mais a população a exercer esse direito através de propagandas eleitorais educativas.

É possível que os eleitores (voluntários) que apareçam para votar sejam mais conscientes em relação à nossa política que tem sido tão banalizada em decorrência a existência de pessoas desacreditadas.

Nada é mais importante para um país do que um governo sério que o faça crescer em educação, em saúde, na economia, em segurança, e em tantas outras prestações de serviços para o povo.

Apesar de ainda haver tanta desigualdade social no Brasil, esse processo de democratização vem resultando numa população cada vez mais esclarecida e escolarizada.

Hoje os eleitores brasileiros escolhem os representantes para os principais postos de poder (presidente, senador, deputado federal, governador, deputado estadual, prefeito e vereador) e pouca gente duvida da legitimidade do processo eleitoral brasileiro. As fraudes eleitorais foram praticamente eliminadas. As urnas eletrônicas introduzidas em 1996 permitem que os eleitores digitem apenas o número do candidato ou partido escolhido e os resultados sejam proclamados poucas horas depois do pleito. As eleições são competitivas, com uma enorme oferta de candidatos e partidos. Hoje, Brasil tem o terceiro maior eleitorado do mundo, só perdendo para a Índia e Estados Unidos da América.⁴

São eleitos para cargos pelo voto através de urnas eletrônicas⁵: um presidente, um vice-presidente, 513 deputados, 81 senadores, 27 governadores, 27 vice-governadores, 1.058 deputados estaduais, 5.559 prefeitos, 5.559 vice-prefeitos e 60.277 vereadores. Num total de 73.101 cargos.

Temos o ambiente perfeito e a maturidade eleitoral para darmos o próximo passo que é transformar a obrigação de votar não mais obrigatória e sim voluntária.

E essa pode ser nossa solução: o poder de conhecimento que nos tem sido dado e abrange cada vez mais a todos. Nada é mais poderoso para um

4.História do Voto / Jairo Nicolau, 2ª edição, Zahar, pág. 28.

5.Idem, pág. 40. GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 9. ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. 694 p. BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 550 p. KAHN, Túlio. O Voto Obrigatório. Editora Conjuntura.

cidadão do que um voto voluntário motivado por interesses republicanos. Nada é mais democrático que a não obrigação de votar.

Antonio Mario de Abreu Pinto

Presidente do Instituto dos Advogados de Pernambuco.

**INSTITUTO DOS ADVOGADOS
PIAUIENSES**

PARTIDO POLÍTICO

CELSO BARROS COELHO

Advogado. Procurador Autárquico Federal; ex-Deputado Estadual e Ex-Deputado Federal; Professor Titular de Direito Civil na Universidade Federal do Piauí; Professor Visitante da Universidade de Brasília; ex-Presidente da OAB, seccional Piauí; membro da Academia Piauiense de Letras e da Academia Piauiense de Letras Jurídicas; do Instituto Luso-Brasileiro de Direito Comparado, do Instituto dos Advogados Brasileiros e de outras instituições.

A Constituição Federal de 1988 apresenta entre os fundamentos do Estado Democrático, por ela plasmado, o pluralismo político (art. 1º, inciso V), que não é mais um tema em discussão, como ocorria nos meados do século passado.

Abordando esse tema, Norberto Bobbio (1999, p.15) escrevia em 1970: *“É candente a discussão em torno do pluralismo. Trinta anos atrás éramos todos democratas. Hoje somos todos pluralistas. Mas estaremos certos de saber o que se entende por pluralismo?”*

O pluralismo político acompanha a evolução do Estado moderno e o desenvolvimento da sociedade em busca da organização do poder a que ela se submete. No momento em que o Estado se organizou e se enriqueceu com a participação do povo, sob a forma de um regime democrático, mesmo com as limitações aceitáveis na época, foi lançada a semente do pluralismo.

Esse momento se deu, exemplarmente, na Constituição Americana, onde o poder aparece *“como uma construção da sociedade ou do povo, construção na qual esse se reserva zonas de liberdade e instrumentos de participação e controle efetivos, de modo que o poder não possa pretender nunca ser superior à sociedade, mas, só seu instrumento”*, como aduzem os juristas Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez. (1990, p. 105).

O pluralismo que aí se define é o pluralismo **liberal democrático**, que se distingue de outras duas correntes de sistemas ideológicos, o **socialismo** e o **crístianismo social**, de que igualmente fala Bobbio (1999, p. 17) e que corresponde a três tipos de culturas.

No texto da Constituição Brasileira estão condensadas diretrizes que se situam no ângulo dessas três correntes, que permeiam a estrutura de nossa sociedade, a partir de sua formação histórica, do caráter de nossa cultura e da adaptação de ideias que influenciaram a nossa organização política,

revestida de certa originalidade, no momento da independência, traduzida na Constituição de 1824.

Nesse contexto, é relevante o papel do partido político, ligado à nossa tradição histórica, sobretudo de 1932 para cá, ano em foi editado o Código Eleitoral *“cujas linhas mestras assentavam na proporcionalidade e no sigilo do voto e na criação da Justiça Eleitoral, medidas através das quais as elites brasileiras incorporavam as conquistas democráticas que se vinham afirmando, com vigor, na teoria e na prática do Direito Político da época que fica entre as duas guerras mundiais”*, consoante aduz com proficuidade o consagrado Afonso Arinos de Melo Franco (1961, p. 133).

Mesmo com o Código Eleitoral, que representava importante passo para a revisão e atualização do sistema eleitoral, foi mantido o caráter estadual dos partidos políticos, sujeitos às influências locais nos desvios que, em regra, trilhavam as suas lideranças.

Só com a Constituição de 1946 é que surgiu o Partido Político, com *status* constitucional e como instrumento de captação de votos, sobrepondo-se às conveniências regionais, já agora submetido a mais rígida disciplina da legislação eleitoral.

Contemplado no capítulo V da Constituição Federal – **Dos Partidos Políticos** (art. 17), integra o título **Dos Direitos e Garantias Fundamentais**, colocando-se, portanto, no cerne das conquistas do Estado Democrático de Direito, compreendidas no âmbito dos valores da dignidade da pessoa humana, em que ressalta a cidadania ativa cujo fortalecimento e dimensão estão ligados, diretamente, à representação política, através dos partidos.

Para o Professor da Universidade de Lisboa e atual Presidente da República Portuguesa, dr. Marcelo Rebelo de Sousa, o Brasil, com essa inovação, integrou-se no ciclo do constitucionalismo global e sistemático, que dominou a Europa e se manifestou na Constituição de Badem de 1947, na Constituição Italiana de 1947, na Lei Fundamental de Bona, de 1949 e na Constituição Francesa, 1950 (1986, p. 1010).

Ao tratar do partido político, o texto constitucional consagra o princípio de que *“é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluralismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos...”*, (art. 17, CF).

Nesse dispositivo, está a matriz ideológica do partido. O que dele se exige é o respeito à soberania nacional e às conquistas nela inspiradas.

O caráter nacional é inerente ao sistema da soberania, tornando o partido político um fator de unidade nacional e guardando fidelidade ao regime democrático de que é uma expressão.

A autonomia a ele conferida, mais de caráter formal, pressupõe o respeito aos preceitos constitucionais colocados em sua base ideológica. No uso de sua autonomia interna impõe-se a eles estabelecerem normas de fidelidade e disciplina partidárias. É matéria a ser assegurada nos estatutos, na previsão do § 1º, do art. 17. A disciplina estabelece os parâmetros de comportamento de seus filiados, sobretudo quando, por eles autorizados, se abre a disputa eleitoral. Quanto à **fidelidade**, é tema que se reveste de caráter polêmico, em face de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o texto constitucional, a infidelidade partidária não será motivo para perda do mandato político, pois esta se restringe apenas aos casos do art. 15.

Partindo o Supremo Tribunal Federal da consideração de que o mandato é do partido e não do candidato, o que está sujeito a controvérsias no âmbito doutrinário, entende, numa interpretação não unânime, que a infidelidade leva o candidato à perda do mandato. Segundo esse entendimento, que se ajusta a decisões do Tribunal Superior Eleitoral, exerce o partido o monopólio da representação política.

Como canal adequado ao exercício do mandato político, aberto à participação popular, o partido é o meio de que se serve o cidadão para

participar ativamente das decisões de governo, para manifestar sua vontade política, suas opções e reivindicações. Ao mesmo tempo, deve o partido político servir como ponto de apoio de movimentos reivindicatórios independentes ou de mobilização popular para alcançar seus objetivos.

Outro aspecto relevante no estudo do partido político brasileiro diz respeito ao controle quantitativo. A Constituição não previu expressamente esse controle, mas, como observa o constitucionalista José Afonso da Silva (2009, p.407), ela *"contém a possibilidade de que venha esse controle a existir por via de lei, quando, entre os preceitos a serem observados, coloca o de funcionamento parlamentar de acordo com a lei"*.

Para viabilizar o funcionamento parlamentar, prevê a lei um percentual mínimo de votos alcançados nas eleições para Câmara dos Deputados, com o que se preservam o critério da proporcionalidade e o caráter nacional do partido.

A par do controle ideológico, nos limites citados, prevê a Constituição o controle financeiro, de acordo com o art. 17, incisos II e III, *"II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes"* e *"III – prestação de conta à Justiça Eleitoral"*.

Fala-se, entre nós, na crise dos partidos políticos, a refletir a crise política brasileira, denotativa da fragilidade da democracia representativa, como o faz o jornalista Roberto Amaral (2003, p. 38).

A crise partidária a que se refere Roberto Amaral realmente existe, mas não chega ao ponto de que se proclame a morte ou a falência da representação. A tendência, em verdade, é o fortalecimento da democracia participativa, pois nisto consiste a cidadania ativa. Quanto mais cidadania participativa, menos democracia representativa. Talvez nisso esteja a tendência que expressa o sentimento de nossa sociedade, em face da necessidade de maior abrangência do pluralismo político e da maior liberdade na criação dos partidos. Estes já não têm, na realidade política de nossos dias, uma identidade ideológica que os distinga necessariamente, já que se apresentam mais guiados por interesses que atendam à conveniência de grupos ou pessoas.

A regra fixada no art. 1º, da Constituição, segundo a qual a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, implica a aceitação de que temos um regime político representando os múltiplos partidos criados livremente, mas obrigados a respeitar os postulados da Constituição acima indicados, conforme aduz o jurista uruguaio Héctor Gros Espiell (1997, p. 438). A soberania nacional não está nos partidos, mas no povo, que pode usar o partido como meio de sua representação política na organização do poder. Assim, o partido político é parte da soberania nacional. Daí a afirmação de Fávila Ribeiro (Professor da Universidade Federal do Ceará), ao dizer que *“os partidos políticos têm por missão traduzir os interesses globais da sociedade, tomando-a em sua universalidade”*). E completa esse pensamento, afirmando (1976, p. 218):

“Os partidos assumem responsabilidade por suas intervenções nas atividades governativas, das quais dependem para o apoio eleitoral que necessitam receber periodicamente do povo. Os grupos de pressão não compartilham de qualquer responsabilidade na aplicação das medidas que defendem, empenhando-se apenas em conquistá-las, pouco importando as repercussões que possam advir”.

No momento atual, existem organizados 35 partidos no Brasil. A eles cabe essa missão, a revelar a importância que lhes é reconhecida pela sociedade brasileira, deles se exigindo claros compromissos ideológicos, a responsabilidade de sua participação política e a adesão a princípios arraigados no espírito da nacionalidade.

Não há de confundir-se o partido político com grupo de pressão. É o que asseverar o autor acima (Ob cit.):

“Do ponto de vista estrutural há também, nítida diferença entre os partidos e os grupos de pressão. Aqueles, como já ficou antes acentuado, são corporificados em organização

estável, articulada diretamente ao processo político. Os grupos de pressão, em regra, embora possam dispor de uma base organizacional, dotada, em alguns casos, de complexas ramificações, em regra, apenas eventualmente são forças integrantes do processo político”.

Em todos os pleitos eleitorais, como no último realizado, é natural que surjam grupos de pressão e que estes procurem influir na atuação dos partidos políticos. O partido político deve estar aparelhado para livrar-se dessa influência e pautar as suas ações no interesse exclusivo da representação da sociedade, empenhada em aperfeiçoar o sistema democrático representativo.

O número exagerado de partidos políticos mostra que suas ações não se distinguem por seu perfil ideológico, que é restrito, mas por interesses que conduzem mais a identificá-los como grupos de pessoas, com o mínimo de ideologia.

Comprometido com a defesa de princípios éticos, políticos e culturais, assume ele compromissos, nessa faixa, com o aperfeiçoamento das instituições democráticas e a garantia dos direitos fundamentais em todas as suas gerações. Nenhum tema que envolva a defesa desses princípios lhe é estranho. E quando sentimos que a evolução do Estado Moderno é orientada no sentido de inseri-lo cada vez mais num processo de globalização, o partido político para sobreviver com a integridade dos valores que lhe cabe defender deve estar preparado. Nesse ponto é relevante o interesse prioritário pela educação e cultura do povo, pois daí depende sua ação política e o seu prestígio eleitoral.

Na medida em que o partido político se colocar na trincheira para defender os valores da democracia, em cujos objetivos se integra como parte essencial dela, mais se fortalece, na consciência do povo, a conquista mais ampla da cidadania e o desejo de melhorar o nível da representação.

Vivemos numa sociedade que evolui rapidamente. Por isso, somos surpreendidos com problemas que, em outros tempos, eram inimagináveis,

mesmo pondo-se de lado aqueles que têm relação mais direta com a segurança da sociedade. Destaque-se, entre os problemas emergentes, aqueles que se relacionam com as últimas descobertas científicas, no âmbito das quais afloram os problemas do biodireito e do direito genoma.

No tocante a essa questão, merece especial atenção o estudo desenvolvido pelo Ministro da Suprema Corte de Justiça do México, Professor Diego Valadés (2004, p. 27), apontando os problemas do Biodireito e do Direito Genômico. Diz ele: *“ Tal vez no sea hiperbólico afirmar que los tres hallazgos científicos más controvertidos de la historia sean las revoluciones nuclear, informática y genética. Al menos son los que mayores problemas han planteado desde la perspectiva de los eticistas y de los juristas”*. E dizendo que essas implicações éticas e jurídicas têm dado lugar a numerosos questionamentos e tenham obrigado a configurar estruturas inteiramente novas, mostra que nesse quadro de tantas transformações no campo do conhecimento, ter-se-á de exigir um ajustamento de conduta compatível com as profundas transformações de caráter científico e tecnológico.

As atenções internacionais estão voltadas para esses problemas (A declaração da UNESCO aprovada pela conferência de Genebra de 1977, antecedida do Convênio Relativo aos Direitos Humanos e à Medicina, adotado pelo Conselho da Europa).

Por influência dessas discussões, algumas Constituições trazem no seu texto dispositivos concernentes a tais preocupações, inclusive a nossa Constituição, na qual sobreleva o tema do meio ambiente (art. 225, cujos incisos II e V do parágrafo 2º, foram regulamentados pela Lei 8.974/95,).

Destaca o mesmo autor:

“ La expresión política más clara relacionada com el desarrollo científico y tecnológico está representada por los partidos verdes, que han proliferado em el mundo. Nada tienen que ver, por supuesto, com el movimiento ludista británico, pero em buena media constituyen una

expresión laica de reprobación ética y jurídica, a través de la acción política, de muchas innovaciones científicas, y em ocasiones también tecnológicas, contemporáneas.”
(VALADÉS, 2004, P. 28)

A relevância e abrangência desse tema, que desperta as atenções de todos os países, não cabem apenas nas cogitações de um só partido. Todos os partidos no Brasil estão obrigados a ajustar os seus estatutos às normas constitucionais indicadas, neles inserindo diretrizes que visem a “ *promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente*” (inciso V, do art. 225, CF). E que abram espaços mais amplos à discussão de temas que se situam no plano da globalização e das modernas conquistas científicas e tecnológicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Roberto. **A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa!** In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Org.). **Direito Constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 38.

BOBBIO, Norberto, **As Ideologias e o Poder em Crise**, 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

ESPIELL, Héctor Gros – **Partidos Políticos y Elecciones Internas em La Reforma Constitucional Uruguaya de 1997**. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (Org). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros editores, 2003, p. 438.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo, **Estudos e Discursos**. São Paulo: Editora Comercial Ltda, 1961, p. 133.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; e FERNANDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 105.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976. p. 218

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 407.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *In*: **Polis**, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Lisboa/São Paulo: Editora Verbo, vol. 4, pág. 1010.

VALADÉS, Diego. **Problemas del Bioderecho y del Derecho Genómico**. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais, São Paulo. n. 4, p. 23-45, julho-dez. 2004

**INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DO RIO GRANDE DO SUL**

REFORMA POLÍTICA: UMA REFLEXÃO

MARCUS VINICIUS MARTINS ANTUNES

Advogado. Professor titular de Direito Constitucional. Doutor em direito pela UFRGS.
Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e do Instituto dos
Advogados Brasileiros.

INTRODUÇÃO

Com muita honra, atendi a convite para produzir artigo sobre Reforma Política destinado ao Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, que tomei como convocação da Presidente Sulamita Santos Cabral. O tema é vasto, complexo, e comporta contradições. O país atravessa crise de grandes proporções, que não se esgota na solução do processo de impeachment, ele próprio problemático.

O presente artigo não pretende ser uma exposição acadêmica ou sistemática, mas sim a organização de elementos para reflexão sobre os problemas mais urgentes e debatidos.

A reforma política, como debate e proposição, começa com um **problema semântico**. Ou seja, periodicamente, fala-se **da reforma**, como se houvesse uma só, bem conhecida de todos, e como se houvesse um consenso sobre a oportunidade e o conteúdo legal. Há um segundo problema, e, provavelmente, se poderão apontar alguns outros: tudo indica que aqueles de quem depende sua efetivação sejam os maiores interessados em não levá-la a cabo, ou em fazê-la a meias, ou por remendo, como o que foi feito no ano de 2015: menos que uma reforma cosmética, o Congresso Nacional produziu alguns retrocessos, como a casuística liberação, por um mês, para troca de partido, sem perda do mandato. Algo semelhante se verifica periodicamente, no âmbito do direito tributário: a imprensa, de tempos em tempos, publica manchetes, maiores ou menores, sobre a reforma tributária, como se todos soubessem do que se trata, e de que interesses cuida.

Ademais, há outras confusões a desfazer, como, no mais das vezes, reforma política com reforma eleitoral. Vejam-se as proposições legislativas – aprovadas ou não no Congresso Nacional, nos últimos dois ou três anos. Todas são de índole exclusivamente eleitoral. É preciso, sem dúvida, mais do que uma reforma eleitoral, mas uma reforma efetivamente política...

Mais longe ainda a examinar: se o termo **reforma** é adequado para expressar o que é necessário para melhorar – e muito há que fazer – a vida e o

sistema político. Melhor seria, talvez, falar em *revolução política* – subtraindo-lhe a conotação catastrófica - e não simples *reforma*, embora esta última não seja necessariamente incompatível com aquela. Ademais, é indispensável afirmar que a reforma ou revolução política dependem em tudo de outras – reforma econômica e reforma social, das quais não podem ser desvinculadas. Isto posto, e sabendo que não é este nem há espaço aqui para desenvolver estas análises, restrinjo-me propriamente aos limites do tema proposto pelo IARGS.

A reforma é uma modificação sistemática, mas de caráter **imane**nte. Ou seja, são alterações que podem ser pontuais ou mais profundas, mas que mantêm os pressupostos, os pilares ou princípios do sistema. Em seu sentido atual, a revolução é uma transformação transcendente, da forma, do conteúdo e da essência do sistema político. Antes da Revolução Francesa, o termo usado era reforma, para abarcar todo o espectro de mudança e modificação contido nos dois termos precitados. E, ao contrário, antes dessa quadra histórica, o termo reforma era aquele a designar as mudanças mais amplas, sobretudo, porém, na esfera religiosa, com os cismas que começam no século XVI, e que, não raro, confundiu-se com revolução política, como no caso da Inglaterra, a partir de 1640, erigindo-se depois em estado protestante puritano.

Formou-se frequentemente, nos dois últimos séculos, uma antítese entre os dois termos. Na palavra de Bobbio¹: “Em síntese, trata-se da perene oposição entre reformistas e revolucionários: a revolução inútil, aliás danosa, porque bastam as reformas: a revolução necessária, aliás benéficas, porque as reformas são ineficazes.”

Ainda no campo da disputa semântica, é de lembrar que foi cunhada e adotada a expressão Revolução de Trinta, para designar a insurreição que levou Vargas ao poder. Nesse episódio, por meio do alçamento armado, o

1. Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos/ Norberto Bobbio; organizado por Michelangelo Bovero; tradução Daniela Becchacia Versiani. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. – 9ª reimpressão.

que se fez foi uma reforma – antes que o povo fizesse a revolução, como disse o Presidente de Minas, Antônio Carlos. Reforma política, reforma econômica, reforma jurídica e trabalhista, enfim, em diversas dimensões. Foi a mais ampla reforma que se fez no país. Posteriormente, autodesignou-se Revolução o golpe cívico-militar que depôs João Goulart. Enfim, as palavras não são neutras nem inúteis.

TRANSFORMAÇÃO DO SISTEMA POLITICO/ ELEITORAL

A vida política é dinâmica, como todas as vidas. Tivemos no Brasil vários debates sobre reforma, em geral, sobretudo a partir da década de trinta. A proposta mais significativa foi a chamada Reformas de Base, proposta pelo Governo Jango, que contribuiu para sua deposição. Esta se centrava na esfera da Reforma Agrária, até hoje debatida e não realizada, efetivamente. Mas não houve à época, nenhum debate significativo sobre reforma político/eleitoral.

Tratemos da reforma política, ou seja, das alterações do sistema eleitoral.

Essas alterações se foram processando já no Império. Em 1842, se institui a qualificação prévia do eleitor, por junta composta por juiz de paz, pároco, delegado ou subdelegado de polícia. Em 1881, com a Lei Saraiva, essa atribuição ficou exclusivamente a cargo de juízes, ao mesmo tempo em que se institui a eleição direta, substituindo os dois turnos. Na mesma oportunidade foi criado o título eleitoral. Porém, a qualificação permanente, fora do período eleitoral, somente décadas depois se foi concretizar. Em 1891, com a República, tivemos a abolição do voto censitário, instituindo na Constituição o voto direto para Presidente da República (e não em dois tempos), “universal”, ou seja, o voto dos homens, excluindo-se os analfabetos e as mulheres, assim como os soldados. Isto é, excluindo a grande maioria da população. Ademais, o sistema de Gabinete no Império, foi substituído pela República Presidencialista, inspirada no modelo estadunidense, já amplamente adotada nas Américas.

Embora a Constituição de 1824 e de 1891 nada dissessem sobre partidos políticos, o binário Partido Conservador/Partido Liberal foi substituído de fato pelo sistema de partidos estaduais republicanos, hegemônicos, no período da República Velha dos Coronéis, em que se baseavam os Governadores, que, por sua vez, eram base do Presidente da República.

Tivemos, como se disse, uma reforma política eleitoral na década de Trinta, a maior de todas. Instituíram-se o primeiro Código Eleitoral; a Justiça Eleitoral, organizando e presidindo as eleições e substituindo as comissões parlamentares de reconhecimento dos eleitos, para “verificação dos poderes”; a representação classista, posteriormente abolida; o voto das mulheres que exercessem função pública remunerada; o voto obrigatório, e obrigatoriamente secreto; o sistema de voto proporcional, híbrido, com o sistema de maioria simples, e possibilidade de dois turnos de votação, substituindo o distrital.

Persistiu, no entanto, a falta de uma cédula oficial, podendo o eleitor trazê-la de casa. Esta foi adotada somente em 1962. A partir de 1945/6, criaram-se exigências para a formação de partidos políticos de caráter nacional, ao invés daqueles que predominaram na República Velha. E o sistema proporcional definiu-se, sem hibridismo: representação proporcional à população, em termos de cadeiras, e de eleitos, em relação direta com o número de votos, em lista aberta. Não obstante, certas regras estabeleceram distorção, com super-representação de estados em que sobreviviam currais eleitorais ou populações dependentes. É verdade também que na maioria dos casos os partidos foram apenas nominalmente nacionais, com escassa disciplina, e alianças que em tese seriam incompatíveis com os programas.

Criaram-se diferentes normas a respeito de coligações, ora proibidas, ora permitidas, nas eleições proporcionais, em nível de lei ordinária.

Finalmente, instituiu-se em 1988, em nível constitucional, a última grande reforma política, que foi a atribuição do direito de voto dos analfabetos – mas ainda sem direito de ser votado; o voto facultativo para maiores de 16 e

menores de 18; o direito a recursos do fundo partidário público de campanhas eleitorais, e de acesso gratuito ao rádio e à televisão, no período das eleições, e fora delas. Além disso, a obrigatoriedade da prestação de contas pelos partidos, que se tem revelada insuficiente, para não dizer precária.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A abolição do voto censitário representou um passo à frente, em tese. Porém, nas condições concretas do Brasil, estima-se que, num primeiro momento, se tenha reduzido o eleitorado, já que o número de analfabetos, mais o de mulheres (em torno de 85 a 90 por cento da população), superava o número de escravos, pessoas pobres e remediadas, sem direito de voto no período imperial. O voto das mulheres, sem qualquer restrição, a partir de 1946, foi outro passo, a exemplo de outros países, como a Inglaterra, que foram paulatinamente abolindo as restrições por sexo, renda, alfabetização, e cor ou instrução, como ocorreu nos EUA.

O voto secreto, em 1932, abrandou o controle dos coronéis sobre o voto dos eleitores, o chamado voto a cabresto. Mas não aboliu as várias possibilidades de pressão sobre o eleitor, sobretudo de caráter econômico ou financeiro. A compra direta ou indireta do voto persiste até hoje, apesar de capitulada como crime eleitoral. O sistema proporcional, por sua parte, garantiu melhor a representação das minorias, postulação permanente de Assis Brasil, durante o período de monopólio dos partidos republicanos estaduais. Mas, adotando-se o sistema de voto uninominal, outros problemas surgiram: por exemplo, frequentemente o eleitor que vota em um candidato é surpreendido, ao ver que, com mais votos do que muitos eleitos, não se elegeu aquele em quem votou. E muitos nunca saberão que contribuíram para eleger outros que não gostariam de ver eleitos. Pelo atual sistema, a luta mais encarniçada, e sem critério programático, se trava dentro do partido ou coligação, pois todos são rivais potenciais de todos.

Os partidos não tinha tratamento nos textos anteriores. Decreto-lei de 1945 tornou-os obrigatoriamente nacionais. A sua constitucionalização ocorreu em 1946, mas ficou mais na esfera legal/ideal do que real, porque, na

prática, os partidos continuaram a ser controlados por oligarquias estaduais, não sendo difícil colher assinaturas em diferentes estados e fundar novos partidos. Ao lado disso, as campanhas eleitorais, sobretudo com o advento da propaganda em televisão, se foram tornando cada vez mais caras e sofisticadas, não bastando a arrecadação de filiados e simpatizantes. As grandes empresas passam a financiar campanhas.

PONTOS CANDENTES DO DEBATE

O primeiro – não necessariamente o mais importante - já foi enfrentado: o financiamento das campanhas eleitorais por empresas - na prática, pelas grandes empresas. Verificou-se, sobretudo a partir da chamada Lava Jato, que esse financiamento de campanha não é simplesmente, no caso brasileiro, um meio de influir na política, nos partidos e no governo, uma variante dos *lobbies*. É muito mais, um meio, um verdadeiro sistema de corrupção, ativa e passiva, com gravíssimas consequências para aos cofres públicos e os interesses da nação. O Supremo Tribunal Federal entendeu, na ADi 4650, ser inconstitucional a contribuição financeira para partidos, por parte de empresas privadas. Porém essa decisão, referendada em lei depois, encontra fortes resistências, a começar pelo Ministro Gilmar Mendes, Presidente do TSE e juiz do Supremo Tribunal Federal, que também reage contra a Lei da Ficha Limpa, produto, para ele, da atividade de “bêbados”.

Problemas como o do chamado *Caixa Dois* poderá se acentuar com isso? Somente saberemos com o advento das próximas eleições.

Ao lado disso, e não alheio a isso, está o fato da pulverização partidária, a existência legal de quase quarenta partidos políticos. Sem dúvida, mais de setenta por cento deles vive em busca do fundo partidário e da barganha com outros partidos. Ou seja, da autêntica compra e venda de espaços de rádio e televisão, por meio de coligações nas eleições majoritárias e proporcionais, que, na quase totalidade dos casos, não obedece a qualquer lógica programática ou ideológica. Para os gaúchos, basta tomar o exemplo

da candidatura de continuidade à Prefeitura de Porto Alegre, em 2016: o candidato da situação compõe com 14 siglas partidárias, com o maior tempo de rádio e de televisão. Estão juntos, por exemplo, o DEM, ex- Partido da Frente Liberal, expoente do liberalismo, e o Partido Socialista Brasileiro, que exalta a necessidade de certo nível de atuação e participação do Estado na economia. Ademais, isso gera um complicador prático para os debates, em si mesmos, de baixo nível ideológico em geral.

BASES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DO SISTEMA ELEITORAL

A Constituição Federal, entre seus Princípios Fundamentais, declara-se estado democrático de direito, tendo entre seus fundamentos a soberania e a cidadania. O parágrafo único do art. 1º dispõe que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da lei. O artigo seguinte dispõe sobre a separação dos poderes da União, entre eles o Executivo e o Legislativo. Com base nisso, os direitos políticos, dispostos em capítulo próprio, a partir do art. 14, são exercidos pelo sufrágio universal, direto e secreto, com igual valor para todos. Ao lado disso, pode-se exercer a soberania popular por meio de plebiscito ou referendo, como ocorreu em 1993, em opção entre presidencialismo e parlamentarismo, e república ou monarquia, vencendo por ampla margem a tradição de República e o Presidencialismo.

Isso quer dizer que o povo pratica, ou deve praticar, a democracia representativa, ou indireta, embora possa fazê-la por meio “direto”, que é expressão imprópria, já a democracia direta foi, de fato, praticada na Grécia, entre os séculos V e IV, antes de Cristo, sobretudo em Atenas. Ali, porém, as decisões eram adotadas na Ágora, praça pública, pela pequena parcela da população que dispunha de direitos políticos. De outra parte, há quem reivindique, com razão, as decisões tiradas de conselhos populares como única forma de democracia direta.

Os partidos políticos ganharam um capítulo próprio na Constituição, que consagra direito a recursos do fundo partidário público de campanhas eleitorais, a acesso gratuito ao rádio e à televisão, no período das eleições, e fora delas. Como se viu antes, passaram a ter obrigação da prestação de contas, mas que se tem revelada insuficiente, para não dizer precária. Outra obrigação é a previsão, em seus estatutos, de normas de disciplina e fidelidade partidária. Os partidos, de livre criação e extinção, observados os princípios constitucionais, adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil, registram seus estatutos junto ao Tribunal Superior Eleitoral, têm autonomia para se autorregular e estão proibidos de estabelecer vínculo de verticalização entre as candidaturas de âmbito nacional, estadual, distrital e municipal.

O sistema eleitoral brasileiro contempla duas faces. É majoritário para os cargos executivos de Senadores, Prefeitos, Governadores e Presidente da República. A Constituição Federal limita-se a fixar o número de três Senadores por Estado, com mandatos de oito anos, com alternância de duas ou uma cadeira por vez, e reeleição ilimitada. Pode haver eleição em dois turnos para os cargos executivos, em cidades de mais de duzentos mil eleitores, se não se obtiver maioria absoluta de votos, ou para Presidente da República ou Governadores.

Por sua parte, o sistema é proporcional uninominal, nas eleições para vereadores e deputados estaduais e federais. Estes também podem reeleger-se ilimitadamente. O cálculo matemático se faz por etapas. Ele é previsto na Constituição Federal, em seu artigo 45, *caput*, e parágrafo 1º. A Lei Complementar 78/93 fixa o número total de cadeiras – 513, para a Câmara dos Deputados, com número relativamente proporcional de cadeiras a preencher por unidade federativa – não menos de oito e não mais de setenta por estado. Para saber que candidatos estão eleitos, calcula-se o **quociente eleitoral**, dividindo-se o número de votos válidos pelo número de cadeiras a preencher (art. 106 do Código Eleitoral). Depois, chega-se ao **quociente partidário** (ou de coligações), dividindo-se o número de votos do partido ou coligação pelo quociente eleitoral (art. 107) Finalmente, se necessário,

adota-se o sistema de maior resto (art. 109). Em outras palavras, cada partido ou coligação, elege tantos representantes quantos as vezes que seus votos se compreendem nesse quociente. O eleitor escolhe um, e apenas um, dos candidatos apresentados na lista.

ALGUNS PONTOS A CONSIDERAR

Fala-se pouco em partidos políticos no Brasil. Quando se fala, quase sempre para falar mal. Boa parte das vezes, com razão, acoimando-os de fisiológicos – com raras e honrosas exceções. O fato, porém, é que ao lado disso, a população brasileira não demonstra, em geral, muito interesse pelos debates ideológicos; não são poucos, ao contrário, que se empenham em afirmar que as ideologias morreram. São as contradições da cultura cívica. Sabidamente, a quantidade e a qualidade dos partidos está associada ao sistema eleitoral. A partir de estudos de quase um século, se afirma que o sistema proporcional tende ao pluripartidarismo, e o majoritário ao bipartidarismo². Mas pluripartidarismo não é algo pejorativo, mesmo porque a Constituição o impõe. O fisiologismo é um problema de cultura cívica e política também e se verifica também fora do Brasil. Basta ver o que praticam hoje o Partido Trabalhista inglês e o Partido Socialista Francês. Levantamentos estatísticos confiáveis informam que, entre os anos de 1995 a 2007, ocorreram 810 (oitocentos e dez) migrações, envolvendo um total de 581 (quinhentos e oitenta e um) parlamentares, o que significa que muitos deles trocaram de partido mais de uma vez. Mas há sem dúvida outros elementos. A cultura do pragmatismo, como não poderia deixar de ser, chegou à esfera da política. Os publicitários parecem ter convencido os dirigentes partidários que o candidato é um produto a ser vendido, como um sabonete. Com isso, os custos das campanhas eleitorais subiram às nuvens, e atraíram, como se viu entre nós, os financiamentos espúrios de todos os tipos.

2. Veja-se a obra clássica de Maurice Duverger: *Los partidos políticos*. México: Fondo de cultura Económica, 1994. A tese tem sido criticada, por autores como Georges Lavau. Mas não pode ser desprezada.

DEBATE JUDICIAL

O protagonismo do Supremo Tribunal Federal alcançou a esfera da política. A ADi 5.081, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, para proibição do financiamento de campanha por empresas privadas, e julgada procedente, propiciou debates interessantes. Destaco, entre outros, parte do voto do ministro Luís Roberto Barroso, criticando o sistema proporcional uninominal, no Brasil presidencialista.

“No modelo atual de voto proporcional em lista aberta para a Câmara dos Deputados, menos de 10% dos candidatos são eleitos com votação própria. Dessa forma, o eleitor não sabe quem elegeu e o parlamentar não sabe por quem foi eleito. Um não tem de quem cobrar e o outro não tem a quem prestar contas.”

E, em outro momento, as consequências negativas:

“A primeira delas é o custo elevadíssimo da campanha em todo o território do Estado. O segundo é o fato de que menos de dez por cento dos candidatos são eleitos com votação própria. Quase todos são eleitos por transferência de votos do partido. O eleitor, na verdade, nem sabe quem está elegendo de fato (o que é ainda mais grave no caso de coligações). O terceiro problema é que o principal adversário do candidato do partido A é o outro candidato do partido A. Vale dizer: em lugar de ser um debate programático entre candidatos de partidos diversos, o processo se torna uma disputa personalista entre candidatos do mesmo partido. Em suma: o sistema é caríssimo, o eleitor não sabe quem elegeu e o debate público não é programático, mas

personalizado. Sem surpresa, os eleitores, poucas semanas depois da eleição, já não têm qualquer lembrança dos candidatos em quem votaram nas eleições proporcionais. Como consequência, os eleitos acabam não devendo contas a ninguém.”

E logo adiante, quanto ao sistema partidário, a crítica seguinte:

“A combinação do sistema proporcional de lista aberta, direito a recursos do fundo partidário, acesso gratuito ao rádio e à televisão, possibilidade de coligações em eleições proporcionais e ausência de cláusula de barreira produz uma Babel partidária, de efeitos sombrios sobre a legitimidade democrática, a governabilidade e a decência política. A pulverização partidária se encontra documentada em números bastante eloquentes: desde a redemocratização do Brasil, quase uma centena de agremiações partidárias estiveram em funcionamento. Em abril de 2015, havia 32 (trinta e dois) partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral. Desnecessário enfatizar a evidência de que esta multiplicação de partidos não está associada ao ímpeto de contribuir efetivamente para programas de governo ou para a definição de políticas públicas. Há razoável consenso de que o dinheiro do Fundo Partidário e a negociação do tempo de televisão são as motivações principais.”

ALGUMAS DAS PROPOSTAS APRESENTADAS

As grandes manifestações de rua de julho de 2013 fizeram, entre outras consequências, com que o Governo Dilma anunciasse a pretensão de propor plebiscito, que autorizasse a convocação e reunião de assembleia

constituente exclusiva e específica para realizar reforma política, voltada para a forma de escolha de governantes e parlamentares, para o financiamento de campanhas eleitorais, as coligações entre partidos, a propaganda na TV e no rádio e outros pontos. Segundo a Presidente, o debate da reforma política entrara e saíra várias vezes da pauta nas últimas décadas e era necessário romper esse impasse. O que é verdadeiro, mas curioso, já que antes da crise o Governo não tratara publicamente disso. Velhas propostas reaparecem: voto distrital, puro ou misto, para atenuar os males do sistema proporcional uninominal; parlamentarismo, ainda que se tenha realizado plebiscito em 1993, mantendo o presidencialismo, enfim.

Logo se verificou que não havia condições jurídicas nem políticas, quer para um plebiscito, quer para convocação de uma assembleia constituinte, atípica e criticável. E mais, faltavam condições para uma reforma seriamente pensada e debatida. Ocorreu, na esteira dessa oportunidade, que a maioria parlamentar aprovou uma reforma de ocasião, chamada minirreforma política. Foi promulgada a Lei 13.165, de 2015, de escassíssimo valor e alguns retrocessos. Entre eles, a redução do período de propaganda eleitoral e a abertura de janela eleitoral, antes mencionada, para a livre negociação e troca de partido por parlamentares proporcionais ou majoritários.

As propostas para aperfeiçoar o sistema eleitoral e reduzir o número de partidos são várias, não necessariamente boas, oriundas de diversas instituições. Algumas das propostas do Governo coincidem com pontos levantados pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, em sua 1.954ª Sessão Extraordinária, em 2005. Outras se acrescentaram em momentos posteriores, e outras ainda sofreram adaptações. Pelo papel institucional da OAB, e pelo fato de resultar de estudos plurais e de audiências de especialistas, daremos destaque a alguns pontos dessa proposta, destinadas a incrementar e expandir a participação popular:

1. Plebiscito e o referendo, por proposição independente, para o seu exercício, de decisão do Congresso Nacional. Plebiscito e referendo são formas da chamada “democracia direta” (expressão imprópria). A população

é chamada, por deliberação do Congresso Nacional, a se pronunciar sobre temas relevantes, reforçando o mecanismo de participação política. Porém, a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 49, XV, que é competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscito.

2. Revogação popular de mandatos eletivos (recall). Inspirados pela mesma orientação, a população adquiriria meios de controle sobre o exercício do mandato, destituindo aqueles que descumprissem compromissos ou deveres, como ocorre nos Estados Unidos da América do Norte e em outros países.

3. Proibição de coligações partidárias em eleições proporcionais. Pela lei atual, podem os partidos se apresentar isoladamente, nessas eleições, ou juntamente com outros. As distorções do sistema proporcional uninominal estão analisadas acima, em debate do Supremo Tribunal Federal. Já que o eleitor se vê frequentemente frustrado com escolhas inusitadas, ou com a exclusão de seu candidato, bem votado, e mais votado que muitos eleitos.

4. Mais recentemente, acrescentou-se proposta de uma eleição em dois turnos também para deputados. No primeiro turno – simultaneamente à eleição para chefia do Executivo - os eleitores votariam nos partidos políticos, por lista. No segundo, livremente. Essa votação definiria o número de deputados a que cada partido teria direito. O sistema de lista, adotado em Portugal e no Uruguai, por exemplo, é criticado, porque ensejaria o caciquismo, isto é, a inclusão de nomes, assim como a exclusão de outros, por mera deliberação dos chefes partidários. Porém, isso já ocorre. Apesar dos inconvenientes, o voto de lista ajuda a reforçar a identidade partidária.

Destaquemos outros pontos, que estiveram nas preocupações da OAB e de outras instituições e centros de estudo.

5. Fim do financiamento privado de campanha, que se concretizou, via judicial, no STF, pelo provimento da ADi 5.081. O processo da “Lava Jato” revelou a íntima associação dessas contribuições com a corrupção de alta envergadura

6. Instituição de **cláusulas de barreira**, a fim de limitar direitos de participação de partidos que não obtenham determinados percentuais nas eleições, que o Supremo Tribunal Federal já julgou inconstitucional. Ademais, a cláusula de barreira tem o sério inconveniente de afastar da competição partidos ideológicos, que não fazem do êxito eleitoral – e portanto o pragmatismo – a razão de ser de sua atuação;

Outra proposta, não exclusiva da OAB, recorrente em nossa esfera doutrinária e política seria a adoção do voto distrital puro, ou misto, como mais frequentemente aparece, a fim de baratear as eleições, por ter ínsito um círculo eleitoral menor, do ponto de vista geográfico e numérico de eleitores.

Nenhuma se concretizou em lei, por enquanto, exceto a proibição de financiamento por empresas, precedida pela aludida via judicial. Por outro lado, medida inteiramente moralizante, se realizara, também por intermédio do ativismo judicial do STF: a perda de mandato de parlamentar que troque imotivadamente de partido. Algum tempo depois, o mesmo STF, numa decisão que reputamos incongruente – mas por larga maioria – entendeu que não perde o mandato o parlamentar detentor de cargo majoritário, porque, neste caso, não pertence ao partido, mas sim ao eleitor.

Fora disso, pouco se falou em alternativa aos problemas do *presidencialismo de coalizão*, quer dizer, do sistema em que o Presidente se elege com minoria no Legislativo e necessita de oferecer concessões sistemáticas, que vão desde a nomeação de Ministros, com um sem número de cargos em comissão, de dirigentes de empresas estatais, até as “prebendas” de votações de projetos importantes no Congresso Nacional, muitas delas oriundas de propinas em conluio com grandes empresas.

ALGUMAS CONCLUSÕES

A democracia que brotou das revoluções liberais da Inglaterra, Estados Unidos e França, em processo de avanços e recuos, no último caso, era tipicamente parlamentar, vale dizer, toda a vontade política do povo (então

a minoria da população) se esgotava na eleição de representantes no Poder Legislativo, por sufrágio restrito, no sistema de separação de poderes independentes, com garantias de direitos individuais nas constituições, quase todas escritas.

Os partidos políticos são produto dessas revoluções burguesas, da representação política, desenvolvem-se a partir dos parlamentos, com a expansão do sufrágio, como corpos permanentes e se afirmam com o reconhecimento e a legitimidade do conflito de interesses e ideias, que passa a ser visto como tolerável, senão conveniente à estabilidade e legitimidade do sistema liberal. São corpos intermediários, entre o estado, centro de poder, e a população eleitora, fazendo seleção de candidatos, enquadramento de eleitos e de eleitores, e formando a opinião e programas de governo. Diferentemente dos grupos de pressão, como lobbies, sindicatos, meios de comunicação, visam invariavelmente o poder.

Passaram pelas inevitáveis transformações: partidos de quadros e de homens ricos, como os partidos britânicos do século XIX, surgidos a partir do Parlamento, e partidos de massa, de origem externa, como o Partido Trabalhista inglês, fundado no fim do século XIX, por trabalhadores e para trabalhadores. Após a Segunda Guerra Mundial, os partidos, em geral, passam por um processo progressivo de desideologização, em direção ao pragmatismo eleitoral. Vejam-se o próprio Partido Trabalhista inglês, o Partido Social Democrata Alemão ou o Partido Socialista Francês, e mesmo vários partidos comunistas. Surgem os *catch-all parties*, em todos os países do mundo, simultaneamente à invasão publicitária nas eleições, tornando-as cada vez mais caras, vendendo candidatos como produtos, e tendo inclusive seus teóricos, como Otto Kirchheimer, alemão radicado nos Estados Unidos. No caso do Brasil, mesmo o Partido dos Trabalhadores, com forte definição ideológica, na sua formação, rendeu-se à lógica do pragmatismo de governo e de alianças.

Muitas explicações se oferecem. Ao longo do século vinte, aqui e em toda a parte, a sociedade tornou-se muitíssimo mais complexa, e, com ela, a vida

política. Sucessivas revoluções técnicas e tecnológicas alteraram o quadro de formação de opinião, ressuscitando o poder carismático que Max Weber imaginou superado pelo poder racional. Rádio, televisão, computadores, telefones celulares, internet, whatsApp, face book, etc., tornaram a opinião um sistema altamente complexo. Vai muito longe o tempo em que a vida política, no Rio Grande do Sul, por exemplo, se esgotava na polaridade de opinião *chimangos e maragatos*, baseada na oratória, nas eleições sem Justiça Eleitoral, e, às vezes, em disputa armada.

Os partidos, ao longo de sua caminhada, formaram sistemas, que estão por sua vez, determinados ou influenciados pelos sistemas eleitorais - basicamente o **proporcional**, surgido na passagem do século XIX para o século XX, depois do **distrital majoritário**, que está na origem dos partidos. Vários países têm sistema bipartidário de fato, como os Estados Unidos da América do Norte e a Inglaterra (atenuado, às vezes, pela presença do Partido Liberal) apesar da existência legal de inúmeros outros. Há mais de cem anos, no entanto, alternam-se no poder o Partido Democrata e o Republicano, o Trabalhista e o Conservador. Em ambos os casos, o sistema eleitoral é distrital, e comprime e impede o acesso de outros partidos ao poder. As minorias têm sub-representação em geral.

O sistema brasileiro não pode ser considerado bipartidário, no sentido de que somente dois podem se alternar no poder. Mas tampouco oferece características de sistema multipartidário, neste mesmo sentido. Os partidos brasileiros têm existência relativamente curta, com exceção do Partido Comunista do Brasil – PCB/PCdB. Durante a Ditadura do Estado Novo, e a ditadura militar, todos os partidos existentes foram dissolvidos legalmente, e impedidos de atuar.

Nosso sistema eleitoral, como se viu, é proporcional uninominal, desde a Constituição de 1946. Ele é problemático, como se detectou. Muitos atribuem ao sistema proporcional em si a pulverização partidária, pretendendo estar baseados nas lições de Maurice Duverger, um clássico. Porém, um dos mais capacitados cientistas políticos de nosso País, José Antônio Giusti

Tavares³, busca demonstrar que não é essa a razão, fazendo distinção entre **fragmentação e volatilidade**. A *fragmentação* partidária congressional, para ele, preserva e acentua a identidade dos partidos. A *volatilidade* partidária parlamentar de origem eleitoral e sobretudo congressional revela o individualismo selvagem e o atomismo político e gera o amorfismo gelatinoso, dissolvendo a identidade partidária. O mesmo autor se mostra contrário à adoção do voto distrital.

Nas últimas décadas, assiste-se a uma acentuada crise de representação, em toda parte. Os parlamentares e chefes de executivo frequentemente se sentem à vontade para deixar de lado o programa partidário, que passa na maioria das vezes a ser um ornamento, e não um instrumento efetivo, à vontade para abandonar o próprio partido, e até para fundar outro, bem como para deixar de lado, com ou sem explicações, os compromissos e promessas de campanhas eleitorais.

Já ao longo do século vinte, o monopólio da expressão da vontade política pelos parlamentares e partidos foi muito debatido e criticado. Outras formas de organização e expressão, como conselhos populares autônomos, e diferentes associações e organizações são propostas para competir, disputar e até superar a forma clássica de representação.

Assim, os critérios de reforma política tem de levar em conta esses elementos. Quem de fato forma a opinião? Se os meios de comunicação, através de funções manifestas ou latentes o fazem, cada vez mais, têm de assumir a responsabilidade por isso.

A desideologização dos partidos é um mal e tem de ser combatida. Isso é um processo cultural, profundamente enraizado na sociedade do século vinte e um. Reforma política que não contemple isso é inútil. Afirma-se com insistência que a proibição de financiamento de campanhas por empresas

3. *Reforma política e retrocesso democrático - agenda para reformas pontuais no sistema eleitoral e partidário brasileiro*. – Porto Alegre: Mercado Aberto, 1998.

não resistirá ao ano de 2107. O espaço institucional da política tem de ser ampliado, para além da esfera parlamentar.

Por certo, haveria muito que apresentar e examinar. O propósito, no entanto, como se disse, é apresentar um quadro sumário, para reflexão. O autor do artigo, no entanto, com todos os riscos, se anima a acrescentar, ao lado das já apontadas, medidas que ainda não foram debatidas de forma significativa.

1. Dez por cento de reserva das cadeiras para organizações sociais e candidaturas avulsas - neste caso, exigindo Emenda à Constituição. É preciso reforçar os partidos, forçando-os a competir no debate com outras instituições;

2. Com o mesmo escopo, espaços reservados para debates políticos nos meios de comunicação, com financiamento do Fundo Partidário e outras fontes, nos períodos não eleitorais, vedada a exclusividade de partidos políticos, e a participação de parlamentares e candidatos.

3. Uniformidade e restrições legais de coligações antagônicas, ao menos em nível nacional. Em outras palavras, a coligação majoritária tem de corresponder à coligação proporcional. E por outro lado, partidos cujas coligações se demonstrem antagônicas e aleatórias serão apenados com a proibição de coligação na eleição seguinte.

4. Extensão do sufrágio aos soldados e elegibilidade de analfabetos, nos municípios de até vinte mil habitantes. Não subsiste - se já existiu - nenhuma razão para excluir o voto dos soldados. Por outro lado, o número de analfabetos formais, consideravelmente reduzido, configura uma razão para não os afastar da participação parlamentar em pequenos municípios. Até porque o número dos chamados analfabetos funcionais é muito maior, e grande número deles exerce cargo eletivo legislativo.

5. Obrigação dos parlamentares e chefes de executivos de se afastar dos cargos durante a campanha eleitoral. A competição fica desigualada, se isso não for alterado.

6. Reforma da Justiça Eleitoral, com juízes permanentes e ampliação de sua competência. A Justiça Eleitoral carece de especialização que o atual sistema dificulta, a impor período breve de exercício, e sem exigir critérios de acesso ao cargo. Carece de concursos públicos, em que a competição estimule o estudo – não somente analítico, mas crítico - da legislação eleitoral.

São medidas a adotar, e não reforma. E refletem a opinião do autor e não necessariamente dos Institutos de Advogados.

Repita-se que o debate até então travado é de mero cunho eleitoral. Mas não esgota a política; esta vai muito e muito além disso. A reforma, política e profunda, infelizmente tem como principal obstáculo os próprios legisladores, como já está demonstrado, e está longe. Possivelmente chegará o momento em que as ruas se movimentarão, como em 2013, não apenas para contestar, mas para exigir e propor alguma coisa nesse sentido.

**INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SANTA CATARINA**

REFORMA POLÍTICA: ATUALIZAÇÃO DO ELOGIO AO PARLAMENTARISMO NA EPISTEMOLOGIA DE CLÓVIS DE SOUTO GOULART¹

1. Atualizando no tempo e na abordagem teórica este texto que foi, em sua versão original inicial, publicado: PASOLD, Cesar Luiz. Elogio do Parlamentarismo: síntese da epistemologia de Clóvis de Souto Goulart. Palhoça/SC: Unisul de Fato e de Direito, vol.1, p.09-22. Ed. Unisul, 2010.

CESAR LUIZ PASOLD

Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco - Universidade de São Paulo-USP; Pós-Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná-UFPR; Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC; Graduado em pela Faculdade de Direito de Santa Catarina. É Consultor de Organizações nas Áreas Jurídica e Axiológica. Advogado-OAB/SC 943. Docente da Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, lecionando as disciplinas: (1) Teoria do Estado e da Constituição e (2) Seminário de Metodologia da Pesquisa Jurídica, ambas no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica.

1. NOTA INTRODUTÓRIA E DESCRIÇÃO DA METODOLOGIA

Em 2010 o autor do presente Artigo foi convidado¹ para escrever um ensaio sobre a obra do **Professor Dr. Clóvis de Souto Goulart**, e imediatamente aceitou. Então buscou-se um resgate – ainda que sintético – dos fundamentos teóricos originais e do *draft* da adesão competente e coerentemente insistente de Clóvis de Souto Goulart ao Parlamentarismo.

Isto foi efetuado, e atendendo a estímulos de colegas pesquisadores, e retomo ao tema, crescendo, na presente versão atualizada e ampliada, objetivas ponderações sobre a situação política e institucional brasileira, com ênfase para a questão da governabilidade, esclarecendo que o presente artigo foi composto e finalizado em setembro de 2016, com revisão em 26 de maio de 2017.

Tive o privilégio de conviver com o Professor Clóvis de Souto Goulart, nas décadas de 60 a 90 do século passado. Num primeiro momento fui seu aluno na disciplina Direito Constitucional na então Faculdade de Direito de Santa Catarina, localizada à Rua Esteves Junior em Florianópolis/SC. Depois, tornei-me seu colega, quando atuamos como Professores nos Cursos de Graduação em Direito e de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC-CPGD- Mestrado e Doutorado.

Nos dois momentos estivemos numa díade muito interessante: era eu, então, Presidencialista convicto e ele Parlamentarista muito convicto. Realizamos dois debates públicos na Faculdade, com a participação ativa de Acadêmicos de Direito como questionadores.

O Professor Clóvis Goulart, natural de Florianópolis/SC, era Doutor em Ciências Humanas, Livre Docente e Professor Titular da Universidade

1. O convite foi da Professora Mestre e Doutoranda Fernanda Sell de Souto Goulart, da UNIVALI/SC, neta do Prof. Dr. Clóvis de Souto Goulart.

Federal de Santa Catarina nas “Cadeiras de Direito Constitucional Comparado” e “Teoria Constitucional”, Consultor Jurídico do Estado de Santa Catarina e foi Conselheiro Titular no Conselho Estadual de Educação/SC, no qual exerceu a Presidência².

O Professor Dr. Paulo Henrique Blasi, então coordenador do Curso de Pós Graduação em Direito da UFSC, enaltecia as suas qualidades profissionais e intelectuais nos seguintes termos: “O Professor Clóvis de Souto Goulart, mercê sua sólida cultura, sua inteligência privilegiada e sua dedicação ao trabalho, tem-se credenciado ao respeito e admiração de quantos o conhecem.”³. E, acrescente-se, assim ocorreu e ocorre até hoje na comunidade científica e acadêmica catarinense.

Ressaltadas tais considerações breves de ordem biográfica, dediquei-me à busca dos fundamentos e da conformação epistemológica que o Clóvis Goulart, originalmente possuía e transmitia sobre o Parlamentarismo, sempre com oratória invejável e pena impecável.

A fonte bibliográfica - que me pareceu a mais consistente e segura para ser o objeto central e cumprir o meu referente de pesquisa- foi o Texto de sua autoria, intitulado “Parlamentarismo – Regime Natural de Governo Democrático”, do qual me proponho a **prosseguir** resgatando novamente, no presente ensaio, o seu núcleo cognitivo.

Sobre a referida obra de Clóvis Goulart voltei, pois, a me debruçar e executei nova fase de investigação, na qual utilizei mais uma vez o método indutivo, e que também prossigo empregando como base da lógica do relato que constitui este ensaio que traz os resultados, atualizados. Esclareço que na fase de tratamento de dados voltei a manejar o método cartesiano,

2. Conforme “Dados Biográficos” em: GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo- Regime Natural de Governo Democrático**. Florianópolis: Fundação Nereu Ramos, s/d.

3. BLASI, Paulo Henrique. Apresentação. *In* GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo Parlamentarismo- Regime Natural de Governo Democrático**, p. 9.

ferramenta utilíssima para apurar qualitativa e criticamente os pontos mais relevantes no conjunto de elementos que a investigação renovada revelou ⁴.

O que segue é a expressão da síntese encontrada e com a qual pretendo, venia pela insistência, atualizar o esboço do desenho de Parlamentarismo conforme a proposta de Clóvis de Souto Goulart, para estimular reflexões sobre uma Reforma Política a ser efetuada no Brasil.

2. O *PUNCTUM SALIENS* DA CONSTRUÇÃO TEÓRICA: A DEMOCRACIA COMO PEDRA BASILAR

A concepção de Clóvis Goulart para o Parlamentarismo não se construiu sob o fundamento da busca livre de um Regime de Governo e, sob esta pauta, ser edificada a partir de preferência pessoal ou de enlevo com tal regime exclusivamente por seus próprios termos, seus preciosos contornos e, quem sabe, até mesmo pelos seus inegáveis encantos políticos.

Goulart, na verdade, avança a sua opção a partir de um comprometimento sério, completo, sólido e inarredável com a Democracia, que é, na axiologia política de Norberto Bobbio, um dos dois valores principais de sustentação duma melhor vida em Sociedade⁵. E que para Telmo Vieira Ribeiro é “o processo pelo qual o povo constrói a ordem estatal. É a sublimação das normas do viver em comunhão. Mais do que soberania, é solidariedade popular.”⁶

4. Sobre as Fases da Pesquisa Científica e os respectivos Métodos, bem como as Técnicas de Pesquisa, vide proposta em: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 13.ed. rev.atual.amp. Florianópolis:Conceito Editorial,2015. p. 85 a 111.

5. Tal constatação é apresentada e sustentada em : PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 247 a 282. O outro valor ressaltado como essencial na perspectiva de Bobbio, é a Paz: vide, nesta mesma obra, p. 232 a 247.

6. OLIVO, Luis Carlos Cancellier de, e PASOLD, Cesar Luiz(org.). **Dois Teses de Telmo Vieira Ribeiro**. Joaçaba/SC: Editora UNOESC, 2015.p.15.

Clovis Goulart incursiona objetivamente pela gênese da Democracia⁷, vale dizer, por suas bases históricas constitutivas, e não numa perspectiva exclusivamente filosófica, mas e sobretudo, num viés multidisciplinar teórico-prático.

Nesta senda, propõe:

“Os regimes e os governos serão tão mais legítimos, quanto melhor e mais fielmente traduzirem a organização político-jurídica da sociedade dentro da qual se instalam, respeitadas as características dessa sociedade no que toca às tradições, aos costumes, à tipologia sociológica”.⁸

Como se percebe, ao fundamentar a sua percepção da Democracia, Goulart se reporta a um fator relevante que é, na verdade, pré-requisito indispensável: a Legitimidade que deve presidir, sem momentos de exceção, as relações entre o exercício do poder e as tradições, costumes, tipologia sociológica e, evidentemente, os anseios da Sociedade.

E quanto a tal fator estratégico para a Democracia, é conveniente ponderar uma trilogia que enfatiza:

1º -a legitimidade pela **origem**, conforme a qual um governo legítimo “significa um governo democraticamente constituído”, desta forma:

“ Quanto à origem, o sentido da legitimidade está em que os governantes deverão assumir o exercício do poder, mediante manifestação expressa de quem é realmente o titular da soberania- o povo.”⁹;

7. Sobre Democracia ver: CRUZ, Paulo Márcio; PASOLD, Cesar Luiz. *Norberto Bobbio y la Democracia* - Baja California - México. Iuris Tantum, v. 21, p. 34-45, 2010.

8. GOULART, Clóvis de Souto. *Parlamentarismo* Regime Natural de Governo Democrático.p.57.

9. GOULART, Clóvis de Souto. *Parlamentarismo*- Regime Natural de Governo Democrático.p.57.

2º - a legitimidade pelos **meios**, segundo a qual “não deve o governo valer-se de meios arbitrários e tirânicos”, sob nenhum pretexto, e a sua (do governo) ação haverá de

“ estar calcada na legalidade que, por seu turno, haverá de respaldar-se numa ordem jurídica superior consubstanciada na Constituição, numa constituição que equivalha a um verdadeiro pacto sócio-político, elaborado e votado pelos representantes do povo.”¹⁰

e,

3º- a legitimidade pelos **fins**, na qual o Bem Comum¹¹ é eleito como “finalidade síntese do ente político”, para cuja consecução são estabelecidos “fins intermediários”, os quais “não podem, sob pena do vício da ilegitimidade, ultrapassar os limites do humano, do sensato, do justo, do constitucional”.¹²

O desiderato natural desta trilogia é a apropriada fórmula de Goulart, em tom explicitamente conclusivo: “...governo legítimo é sinônimo de governo democrático e assim o será quando democráticos forem a origem, os meios e os fins do poder”.¹³

Neste momento do raciocínio merece menção, pela pertinência, a lição de Norberto Bobbio:

“O que distingue o poder democrático do poder autocrático é que apenas o primeiro, por meio da livre

10. GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo** - Regime Natural de Governo Democrático, p.57.

11. Sobre a necessidade de um compromisso intrínseco do Estado com o Bem Comum, vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4.ed. rev.amp. Itajai: Editora UNIVALI, 2013.(edição física comemorativa dos 50 anos de Magistério do Autor). p. 38 a 45.

12. GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo** - Regime Natural de Governo Democrático, p.58.

13. GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo** - Regime Natural de Governo Democrático, p.58.

crítica e da liceidade de expressão dos diversos pontos de vista, pode desenvolver em si mesmo os anticorpos e consentir formas de 'desocultamento' "14.

A partir de tal princípio, mas não confinada nele, a concepção de Democracia passa a extrapolar a idéia tradicional de (apenas) governo controlado pela maioria do povo, e alcança patamar mais elevado, e é compreendida como "muito mais a realização de uma filosofia de vida do que uma forma estereotipada de governo", filosofia esta "indissolúvelmente ligada à consecução dos ideais de liberdade e igualdade".¹⁵

Em continuidade, Goulart estabelece a conexão entre os dois principais ideais democráticos ("controle político pelo povo" e "realização dessa filosofia de vida de que falamos") e o regime parlamentarista, o qual, para ele, considerado de per si, é "o caminho mais transitável e claro para a sua [da democracia] efetiva concretização".

Esta postulação sustenta-se, sobretudo, em que "a história da democracia, das grandes conquistas libertárias, identifica-se, sob muitos aspectos, com a história das lutas e das conquistas dos parlamentos sobre os monarcas absolutos".

Nesta linha, o arremate natural é: "O parlamentarismo se constitui no veículo natural que poderá conduzir os povos à democracia." ¹⁶

14. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. Título original: *Il futuro della democrazia*. Uma difesa delle regole del gioco, p. 102.

15. GOULART, Clóvis de Souto. *Parlamentarismo* - Regime Natural de Governo Democrático, p. 58 e 59.

16. GOULART, Clóvis de Souto. *Parlamentarismo* - Regime Natural de Governo Democrático, p. 59.

3. OS NOVE ELEMENTOS DENOTATIVOS E DELIMITADORES DA PROPOSTA TEÓRICA E DA EXPRESSÃO EPISTEMOLÓGICA DE CLOVIS GOULART SOBRE O PARLAMENTARISMO

Constatados (1º) a pedra basilar (a Democracia), e (2º) o pré-requisito essencial (a Legitimidade), pode-se compreender com mais clareza, segurança e precisão o desenho teórico que expressa a proposta parlamentarista de Clóvis Goulart.

Os nove componentes que balizam o alcance cognitivo da sua proposta são: 1º - o Princípio da Autoridade; 2º- Governo Unipessoal e Autoritarismo; 3º - O Presidencialismo e a luta pela hegemonia do Poder; 4º- O Desvirtuamento dos Princípios Presidencialistas; 5º- A responsabilidade do Chefe do Governo no Regime Presidencialista; 6º- O Papel dos Partidos Políticos nos Estados de Regime Presidencialista; 7º- A Importância dos Partidos Políticos nos Estados Parlamentaristas; 8ª - A Técnica da Dissolução Parlamentar; e, 9º - A responsabilidade do Poder Executivo no Parlamentarismo.¹⁷

Como se percebe, há uma fortíssima dicotomia (e não uma dialética) neste elenco, porque de fato o que se verifica é que esta lista temática se constitui numa pauta negativa para o presidencialismo e positiva para o parlamentarismo.

Uma visão panorâmica de cada um destes elementos e de todos os nove, vistos em sua sistemática intelectual é aqui apresentada, como segue.

3.1. O PRINCÍPIO DA AUTORIDADE

A partir da constatação da naturalidade e, por conseqüência, da necessidade da autoridade, Goulart ressalta o que denomina “um axioma

17. Estes nove elementos se exprimem na denominação dos nove capítulos (de dez no total) que compõem a estrutura da obra. Vide o “SUMÁRIO” de: GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo** - Regime Natural de Governo Democrático, p. 13.

da Ciência Política”: “se existe algo inelutável na história dos séculos, é que sempre todo grupo teve um condutor”.¹⁸

Sob o suporte de formulações e propostas de Santo Tomás de Aquino, Jacques Maritain e Giorgio Del Vecchio, estabelece pontos que, em apertada síntese, configuram a sua perspectiva a respeito da autoridade consagrada como um princípio da vida coletiva.

Destes, aqui estão selecionados três, assim versados:

“ O homem é, a um só tempo, individualidade e unidade sociológica.”

Prosegue:

“ Embora sejam todos os homens iguais em essência, não pode a sociedade prescindir de uma hierarquia, em função da qual possa, a obra comum, ser orientada no sentido do bem-estar de todos.”

E, de maneira insistente, é conclusivo:

“ Admitindo-se, pois, como admitimos, que o conceito de bem-estar comum envolve, implícita e necessariamente, a garantia das liberdades individuais, resultará lógico que a autoridade, muito ao contrário de se constituir em óbice ao gozo dessas liberdades, existe para fortalecê-las e assegurar o seu exercício.”¹⁹

3.2. GOVERNO UNIPESSOAL E AUTORITARISMO

Neste aspecto, na sua manifestação nuclear Goulart expõe a tese de que a concentração do poder não mãos de um único Chefe manipula a vontade política dos seus adeptos “embotando-lhes a criatividade, desfigurando-lhes a personalidade”.

18. GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo** - Regime Natural de Governo Democrático.p.19.

19. Estas três formulações foram selecionadas respectivamente das páginas 20, 20 e 22, em GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo** - Regime Natural de Governo Democrático.

Avançando quanto às danosas conseqüências de haver apenas um dirigente máximo com o Poder político como costuma ocorrer nos Estados presidencialistas de governo autoritário, é peremptório:

“...a onipotência do Chefe Único não afeta, apenas, o desempenho de seus liderados : a própria Oposição é atingida em seu cerne, naquilo que, por princípio democrático universalmente consagrado, representa a própria razão de sua existência, qual seja a de vigiar o Governo e lutar, lícita e democraticamente, pela conquista do Poder.”²⁰

A oposição, assim minada e sem perspectivas de alcançar o poder pela via legal e legítima, acaba adquirindo a condição de germe de contestações e convulsões sociais, e,

“infelizmente, contudo, a falta de educação dos povos torna o sucesso dos insurretos, quando ocorre, no mais enganoso e efêmero dos acontecimentos: a nova ordem constitucional proclamada traz, em sua fisiologia, o germe de outra ditadura nascente”.²¹

3.3. O PRESIDENCIALISMO E A LUTA PELA HEGEMONIA DO PODER

Goulart entende que o Presidencialismo mantém uma relação de mútua alimentação com a crescente hipertrofia do poder do Estado, e isto se faz com tal intensidade que “parece desenhar-se, em toda a culminância a linha doutrinal levianítica”, de tal forma que “não raro a lei se torna um meio técnico a serviço dos titulares do poder”.²²

Para o passo com isto há um enfraquecimento crescente do Poder Legislativo

20. GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo** - Regime Natural de Governo Democrático.

21. GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo** - Regime Natural de Governo Democrático.p. 26.

22. GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo** - Regime Natural de Governo Democrático.p. 27 a 30.

e mesmo do Judiciário por força da assunção progressiva do Poder Executivo que, ocupa paulatinamente, os espaços decisórios. O fenômeno provoca, entre tantas conseqüências, em muitos casos historicamente constatadas, um tipo de exercício político que concentra os três Poderes num só bloco, “colocado nas mãos de um único homem que dele se utiliza, ao sabor de seus apetites políticos”.

Nestas ocasiões, comprova-se que a doutrina de Montesquieu postuladora da separação de poderes²³ sob a tônica da independência de cada um deles, “não representa mais que uma técnica aplicada à organização e à vida dos Estados democratas”, não sendo esta doutrina “entretanto, essencial à existência do Estado”. Clóvis Goulart, pragmaticamente, arremata:

“ A realidade de nossos dias é pródiga em exemplos de Estados, cujos regimes, tipicamente ditatoriais, fundiram os três poderes em um só bloco, colocado nas mãos de um único homem que dele se utiliza, ao sabor de seus apetites políticos.”²⁴

3.4. O DESVIRTUAMENTO DOS PRINCÍPIOS PRESIDENCIALISTAS

Aqui, neste tópico, talvez se encontre o momento mais forte da agenda negativa ao presidencialismo exposta por Clóvis Goulart.

Propõe dois “grandes” princípios nos quais se ampara o regime presidencialista: o primeiro é o da separação rígida dos poderes (este tema se torna recorrente, pois) e o segundo é o que ele denomina “unipessoalidade de comando executivo”.

23. Vide MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônido Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. Título original: *De l'esprit des lois*.

24. GOULART, Clóvis de Souto. *Parlamentarismo - Regime Natural de Governo Democrático*. p. 30 a 31. A constatação em destaque acima foi formulada por Goulart na década de 1970, mas mantém-se em inabalável atualidade em 2016.

Goulart reafirma que a separação de poderes, na realidade presidencialista do dia a dia, mesmo no sistema norte-americano, permanece mantida, mas não evita que ao executivo seja conferido peso institucional e político muito superior aos dois outros poderes, o legislativo e o judiciário.

De outra parte, o segundo princípio, este explicitamente favorecedor da concentração de poder, traduz-se no fato concreto de que “o Presidente concentra, ao seu redor, todo o poder executivo e o exerce livremente”

Em destaque:

“Os ministros são meros auxiliares seus [do Presidente] e, por isso, por ele demissíveis *‘ad-nutum’*. A regra de submeter a indicação dos ministros à homologação do Legislativo, como é prevista e aplicada no modelo norte-americano, é abandonada pela grande maioria dos Estados que adotaram o regime.”

Enfim, esta concentração leva o desvirtuamento a alcançar patamar no qual “a política do governo passa a ser a política do Presidente” e, o mais grave, “a personalidade do Estado se encarna na pessoa do Presidente”.²⁵

3.5. A RESPONSABILIDADE DO CHEFE DO GOVERNO NO REGIME PRESIDENCIALISTA

O pensamento de Clóvis de Souto Goulart sobre este tópico pode ser resumido, a meu juízo e salvo melhor, em três formulações, cuja literalidade merece ser preservada, assim:

“De todos os males que o presidencialismo congenitamente carrega em sua fisiologia, sem dúvida, o pior é o da irresponsabilidade política do Chefe do Governo.”

25. GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo** - Regime Natural de Governo Democrático.p. 36 a 38. As transcrições literais acima expostas encontram-se nas p.37 e 38 respectivamente.

E:

“A irresponsabilidade política permite-lhe [ao Chefe do Governo], inclusive, distanciar-se das linhas programáticas do partido que o elegeu, colocando-se acima dele e , se necessário, contra ele.”

Finaliza, fulminante:

“ ...na irresponsabilidade do Chefe do Governo, reside a fonte de todo o arbítrio que estigmatiza o regime presidencialista.”²⁶

3.6. O PAPEL DOS PARTIDOS POLÍTICOS NOS ESTADOS DE REGIME PRESIDENCIALISTA

Nesta temática, Goulart inicia por enaltecer o elevado conceito que os partidos políticos acabaram por conquistar historicamente e apesar de aversão surgida a partir da teoria de Rousseau e pelo hermetismo das propostas favoráveis ao Estado liberal puro.

Configura o partido político como meio de organização da opinião pública e de veículo de influência da Sociedade de forma efetiva na condução da coisa pública, possibilitando a concretização do “ideal democrático do governo da maioria, sob a vigilância atuante e assídua das minorias”.

Mas, segundo Goulart, no presidencialismo a tendência é o desgaste do partido do governante, não apenas perante os demais, mas também quanto a seus militantes, desgaste este causado pela sua “manipulação, velada ou ostensiva” que o Poder Executivo – e mais precisamente o Presidente- pode efetuar sobre o seu partido político, manejando-o sob suas conveniências políticas pessoais.

26. As transcrições literais acima expostas encontram-se nas p. 39, 39 e 40, respectivamente, em GOULART, Clóvis de Souto. *Parlamentarismo - Regime Natural de Governo Democrático*.

Nesta senda “desaparece, desta forma, o governo de partido para ensejar à espúria figura do partido do governo”.

A conseqüência final inevitável e mesmo depreciadora é que, no presidencialismo, “afetado profundamente em sua teleologia, o partido político transforma seu objetivo de manter o poder para o de manter-se sob o poder.”²⁷

3.7. A IMPORTÂNCIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS NOS ESTADOS PARLAMENTARISTAS

O cotejo simples do título do presente tópico com o anterior demonstra que lá (no item 3.6 no presente texto) encontramos a expressão “**PAPEL** dos Partidos Políticos” enquanto que aqui (no presente item 3.7), Goulart preferiu empregar a expressão “ **IMPORTÂNCIA** dos Partidos Políticos”.²⁸

Esta não tão sutil diferença de qualificação para a inserção dos Partidos Políticos nos dois regimes (no presidencialista ou no parlamentarista) já indica, agora da maneira mais explicitada possível, a preferência de Goulart pelo parlamentarismo, não - como já se disse neste ensaio - pelos seus próprios termos, seus preciosos contornos e, quem sabe, até mesmo pelos seus inegáveis encantos políticos, mas sim pela sua imanência com a Democracia.

A dimensão da importância dos Partidos Políticos no Parlamentarismo é, em resumo assim caracterizada:

“São efetivamente eles, na condição de veículos de expressão das idéias e das aspirações nacionais, que

27. As transcrições literais acima expostas encontram-se nas p. 41 e 42, respectivamente, em GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo** - Regime Natural de Governo Democrático. As palavras e expressões sublinhadas estão assim no original.

28. Exatamente com tais denominações (e esta diferença não tão sutil) são intitulados os capítulos VI e VII do livro, conforme se verifica no Sumário, à p. 13, de: GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo** - Regime Natural de Governo Democrático.

governam o Estado. Só através deles, como agentes catalizadores e organizadores da opinião pública, a maioria dos cidadãos, pela via da representação política, terá condições de exercer o poder. Em suma, só com eles a democracia será possível.”²⁹

Nesta linha de raciocínio merece registro a relação interativa do pluralismo político com o sistema pluripartidário, que como pontua Orides Mezzaroba, ocorre principalmente depois que John Stuart Mill³⁰ expos a sua “tese do direito de representação das minorias no Parlamento, através do sistema proporcional”.³¹

Também neste diapasão encontra-se esta lição de Telmo Vieira Ribeiro:

“Os partidos políticos são as maiores escolas da Democracia. Neles, discutem-se, elaboram-se, aprimoram-se os programas de governo; traçam-se as diretrizes para os representantes eleitos e escolhem-se os candidatos aos postos eletivos.”³²

3.8 A TÉCNICA DA DISSOLUÇÃO PARLAMENTAR

A Técnica da Dissolução Parlamentar é um instrumento típico do regime parlamentarista e quando legitimamente manejado é apropriado para descontaminar um ambiente político que esteja viciado pela ilegitimidade das condutas dos seus atores políticos. Sob tal perspectiva é muito superior

29. GOULART, Clóvis de Souto. *Parlamentarismo- Regime Natural de Governo Democrático*, p.47.

30. MILL, John Stuart. *Considerações sobre o Governo Representativo*. Tradução de de Manoel Innocencio de Lacerda Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. Título original: *Consideration on representative government*.

31. MEZZAROBBA, Orides. *Partidos Políticos*. Princípios e Garantias Constitucionais . Lei 9.096/95 – Anotações Jurisprudenciais.1.ed.3.reimp.Curitiba:Juruá,2010, em especial p.20 a 23.

32. OLIVO, Luis Carlos Cancellier de, e PASOLD, Cesar Luiz (org.). *Duas Teses de Telmo Vieira Ribeiro*,p.49.

à teoria do risco da não reeleição de integrantes do Poder Legislativo, que é defendida por alguns presidencialistas como sendo suficiente para desestimular “descompassos e desvios de conduta política” de membros das Casas Legislativas.

Goulart caracteriza a qualidade deste componente inarredável da concepção parlamentarista em duas notas, postas em seqüência na sua lógica, com os seguintes teores merecedores de transcrição literal:

“Uma nação, quando oprimida ou traída em sua confiança pela conduta de seu Parlamento, não pode esperar o término da legislatura para manifestar o repúdio a essa conduta e, através do voto, ‘revogar’ os mandatos cujos titulares são soberanos honrar “

E, em trecho muito claro:

“ É preciso, pois, que em pleno curso de uma legislatura, possa o Legislativo responder à responsabilidade. Se entre a Nação e o Parlamento deixar de haver coincidência de objetivos, rompe-se o vínculo da representação. O poder, portanto, deve voltar imediatamente à primeira para, através de novo processo eleitoral, restaurar a ordem democrática então abalada. Pois bem, essa restauração só é legítima e democraticamente possível nos Estados de regime parlamentarista, mediante e aplicação da técnica da dissolução parlamentar.”³³

3.9. A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DO PODER EXECUTIVO NO PARLAMENTARISMO

Alcançamos o nono e último elemento componente e delimitador

33. GOULART, Clóvis de Souto. *Parlamentarismo - Regime Natural de Governo Democrático*, cit. p.51.

da Teoria Parlamentarista exposta por Clóvis de Souto Goulart, que é: a responsabilidade política do Poder Executivo no Parlamentarismo.³⁴

Neste componente encontra-se um aspecto muito estratégico à concepção equilibrada que se pode oferecer para uma opção pelo regime parlamentarista, na medida em que através dele - e nele- consagra-se a igualdade de peso político entre os poderes legislativo e executivo.

Goulart principia a abordagem deste ponto com a assertiva de que “ao contrário do que no regime presidencialista, a responsabilidade do Executivo, no parlamentarismo, é real, efetiva e freqüentemente colocada à prova”.

No específico, quatro são os momentos expositivos que merecem destaques na medida em que podem bem sintetizar a ideia de Goulart:

1º - o Gabinete, no regime parlamentarista, é a “peça fundamental do Governo” na sua condição de “órgão executivo por excelência”, e os seus integrantes têm a responsabilidade solidária diante do Parlamento, “de onde normalmente se originam”;

2º - o Gabinete, consideradas a procedência e o “procedimento de investidura” de seus integrantes, “representa o próprio Parlamento através de uma Comissão Especial, por ele designada, para as funções executivas de Governo”;

3º - a relação teleológica entre o desempenho dos integrantes do Gabinete e a confiança do Parlamento é inarredável;

34. Neste momento, é pertinente ressaltar “um conceito geral” que Paulo Cruz apresenta, assim: “ No sistema parlamentar, o Governo é baseado na confiança política do Parlamento, é uma emanção da maioria parlamentar, é responsável politicamente perante o Parlamento, que pode ser dissolvido pelo Chefe de Estado”. Conforme CRUZ, Paulo Márcio. **Parlamentarismo em estados contemporâneos**: os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 3 ed. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2007, p.43.

4º - por consequência, “a perda dessa confiança, obviamente, haverá de resultar na queda de todo o gabinete ministerial”³⁵.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS PARA REFLEXÃO

Até foram apresentados os momentos relevantes da epistemologia de Clóvis de Souto Goulart para o Regime Parlamentarista, a partir de um componente basilar, um pré-requisito essencial e nove elementos.

Consolidando :

1º- a pedra basilar da concepção do Parlamentarismo é a **democracia**, colocada como objetivo nodal a ser perseguido e/ou sustentado pelo regime Presidencialista;

2º- o pré-requisito essencial à dinâmica parlamentarista é a **legitimidade**, tomada sob tríplice dimensão, vale dizer, a legitimidade pela **origem**, a legitimidade pelos **meios**, e a legitimidade **pelos fins**;

3º- os nove componentes que balizam o alcance cognitivo da sua proposta são: 1º- o Princípio da Autoridade; 2º- Governo Unipessoal e Autoritarismo; 3º - O Presidencialismo e a luta pela hegemonia do Poder; 4º- O Desvirtuamento dos Princípios Presidencialistas; 5º- A responsabilidade do Chefe do Governo no Regime Presidencialista; 6º- O Papel dos Partidos Políticos nos Estados de Regime Presidencialista; 7º- A Importância dos Partidos Políticos nos Estados Parlamentaristas; 8ª - A Técnica da Dissolução Parlamentar; e, 9º - A responsabilidade do Poder executivo no Parlamentarismo.

Existe uma sólida e fortíssima dicotomia nesta lista temática, eis que se verifica de maneira muito clara e segura que tal elenco de nove tópicos configuradores compõe-se numa **agenda negativa para o presidencialismo e em agenda positiva para o parlamentarismo**.

35. Para verificar a qualidade desta tentativa de resumo do capítulo IX da obra objeto deste ensaio, veja-se: GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo**- Regime Natural de Governo Democrático, especialmente da p. 53 a 55.

Diante da recente realidade política brasileira, especialmente nos anos 2013 a maio de 2017, com crise muito séria de governabilidade, são poucos os que se reportaram à opção parlamentarista como sendo o melhor encaminhamento do futuro da Política em nosso País, para propiciar ambiente de maior legitimação dos representantes populares e de mais eficiente resposta às conjunturas nacionais problemáticas.

Temos uma tradição presidencialista enraizada em nossa cultura política.

Mas, sobre ela pode pairar uma dúvida forte sobre o quanto o Presidencialismo efetivamente contribui para a evolução democrática no Brasil, e, principalmente, em que medida ele tem sido um estímulo perverso que conduz às soluções pouco duradouras para crises graves no processo político histórico.³⁶

Como é consabido, as nossas experiências parlamentaristas ocorreram no Período Imperial³⁷, e num dado momento especial, no Período Republicano.

Neste último, sob a vigência da então sofrida e “redemocratizadora” Constituição Brasileira de 1946.

Assim ocorreu que, em setembro de 1961, o Parlamentarismo foi manejado como artifício para contornar uma grave crise decorrente de forte constrangimento e contundente restrição autoritária, por parte dos Ministros Militares, à pose de João Goulart, então Vice Presidente legitimamente eleito para suceder ao Presidente Jânio Quadros, que renunciou em agosto de 1961.³⁸

36. Avançando nesta perspectiva crítica, também com objetivo sob suporte histórico- analítico, vide : CRUZ, Paulo Márcio e PASOLD, Cesar Luiz. Presidencialismo ineficiente ou Parlamentarismo de ocasião. *Revista Argumentum*. Vol.17. p.45 a 85 .2016. *in*: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/issue/current/showToc>

37. Sobre o Brasil Império, veja síntese oficial em <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/imperio> - acesso em 08 de setembro de 2016.

38. Sobre a eleição presidencial de 1960, vide: COSTA, Célia Maria Leite. **A trajetória política de João Goulart- Jango.** A campanha presidencial de 1960. *In* http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/Campanha1960/A_campanha_presidencial_de_1960

Na época a eleição para Vice Presidente não se processou no sistema de chapa única. O candidato a Vice Presidente de Jânio Quadros foi Milton Campos, que não foi eleito. As urnas consagraram como eleito à Vice Presidência o candidato João Goulart que disputou como candidato a Vice Presidente de Henrique Lott. Os eleitos homologados pela Justiça Eleitoral, pois, foram Jânio Quadros-Presidente e João Goulart - Vice Presidente.

Durou pouco tempo aquela experiência parlamentarista, porque nasceu com os vícios da ilegitimidade e do casuísmo. No plebiscito realizado em 6 de janeiro de 1963 o eleitorado brasileiro afastou o regime parlamentarista e João Goulart passou a exercer a Chefia do Poder Executivo em regime presidencialista.³⁹

Ademais, importante registrar que trinta anos e cerca de três meses após, em 21 de abril de 1993, foi efetuado outro plebiscito que demandou o eleitorado brasileiro a escolher entre monarquia ou república e entre parlamentarismo ou presidencialismo. Essa consulta, fora prevista no artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Brasileira de 1988, cuja redação original era : “Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.”.

Contudo, a Emenda Constitucional nº 2, de 25 de agosto de 1992, alterou a data de realização do Plebiscito, desta forma: “Artigo único. O plebiscito de que trata o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias realizar-se-á no dia 21 de abril de 1993.”

O seu resultado foi a resposta do eleitorado consolidando a Forma de Estado e o Sistema de Governo que passaram a ter vigência a partir de 1º de janeiro de 1995 (conforme o parágrafo 1º do artigo único acima referido

39. Sobre o Plebiscito de 1963, vide: MELO, Demian Bezerra de. **O Plebiscito de 1963: a inflexão de forças na crise orgânica dos anos sessenta.** Dissertação de Mestrado –UFF. http://www.historia.uff.br/stricto/teses/Dissert-2009_Demian_Bezerra_de_Melo-S.pdf - acesso em 07 de setembro de 2016.

e transcrito), e seguem vigorando até hoje: República e Presidencialismo.⁴⁰

Para finalizar o presente Artigo, ressalte-se que a configuração temática eleita por Clóvis Goulart para o seu - competente e consistente - Elogio ao Parlamentarismo, apresenta-se como especialmente estimuladora de debates e reflexões de elevada qualificação acadêmica, como deve fazer quem trabalha responsabilmente com Teoria Política e/ou Teoria do Estado e/ou Direito Constitucional.

O Elogio ao Parlamentarismo proposto por Clóvis de Souto Goulart é peça científica de qualidade especial que , com atenção, merece permanecer em nossa memória e em nossas cogitações, mesmo naqueles que ainda insistem em persistir com convicções presidencialistas, como é o caso do autor do presente Artigo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BLASI, Paulo Henrique. Apresentação. In GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo-** Regime Natural de Governo Democrático . Florianópolis: Fundação Nereu Ramos, s/d. p. 9 -11.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra,1986. Título original: *Il futuro della democrazia. Uma difesa delle regole del gioco.*

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct

40.BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Plebiscito de 1993.** <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-de-1993> - acesso em 07 de setembro de 2016; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct – acesso em 08 de setembro de 2016; e, BRASIL. Emenda Constitucional nº 2 de 25 de agosto de 1992. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc02.htm -acesso em 08 de setembro de 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 2 de 25 de agosto de 1992.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc02.htm

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Plebiscito de 1993.** <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-de-1993>

BRASIL. **Sobre o Império.** <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/imperio>

COSTA, Célia Maria Leite. **A trajetória política de João Goulart- Jango.** A campanha presidencial de 1960. http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/Campanha1960/A_campanha_presidencial_de_1960

CRUZ, Paulo Márcio. **Parlamentarismo em estados contemporâneos:** os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 3 ed. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2007

CRUZ, Paulo Márcio; PASOLD, Cesar Luiz . Norberto Bobbio y la Democracia - Baja California - México. **Iuris Tantum**, v. 21, p. 34-45, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio e PASOLD, Cesar Luiz. Presidencialismo ineficiente ou Parlamentarismo de ocasião. **Revista Argumentum**. Vol.17. p.45 a 85,2016. <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/issue/current/showToc>

GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo-** Regime Natural de Governo Democrático. Florianópolis: Fundação Nereu Ramos, s/d.

MELO, Demian Bezerra de. **O Plebiscito de 1963:** a inflexão de forças na crise orgânica dos anos sessenta. Dissertação de Mestrado –UFF. http://www.historia.uff.br/stricto/teses/Dissert-2009_Demian_Bezerra_de_Melo-S.pdf

MEZZARROBA, Orides. **Partidos Políticos.** Princípios e Garantias Constitucionais. Lei 9.096/95 –Anotações Jurisprudenciais.1.ed.3.reimp. Curitiba:Juruá,2010

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo.** Tradução de Manoel Innocencio de Lacerda Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. Título original: *Consideration on representative government*

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis.** Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. Título original: *De l'esprit des lois.*

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de, e PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Dois Teses de Telmo Vieira Ribeiro.** Joaçaba/SC: Editora UNOESC, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática.13.ed.rev.atual.amp.. Florianópolis: Conceito Editorial,2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. Elogio do Parlamentarismo: síntese da epistemologia de Clóvis de Souto Goulart. Palhoça/SC: **Unisul de Fato e de Direito,** vol.1.p.09-22. Ed.Unisul,2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo.** 4.ed. rev.amp. Itajai: Editora UNIVALI, 2013.(edição física comemorativa dos 50 anos de Magistério do Autor).

**INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO**

FORO DE PRERROGATIVA

LUIZ ANTONIO SAMPAIO GOUVEIA

Graduado pela Faculdade de Direito Largo São Francisco da Universidade de São Paulo.
Especialista em Administração Contábil e Financeira - CEAG, pela Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo. Especialista em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas Escola de Direito de São Paulo - GV Law.
Mestre em Direito do Estado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Associado Efetivo Advogados de São Paulo - IASP.

À PRESIDÊNCIA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP.

*A lei sustenta o popular direito,
Nós sustentamos o Direito em pé!*

Antonio Castro Alves.

PARECER SOBRE A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO (PEC) SOB NÚMERO 470/2005, elaborado pelo Conselheiro **Luiz Antonio Sampaio Gouveia**, conforme solicitado pela Presidência deste Instituto, no e-mail datado de 1 de julho de 2016, com prazo máximo para remessa do parecer, até dia 18 de novembro de 2016.

Concitou-me a Presidência deste Sodalício, ao parecer, obtemperando, Nesse sentido, solicitamos a Vossa Excelência uma manifestação em forma de parecer, a respeito da proposta legislativa que segue anexa- PEC 470, que extingue o foro por prerrogativa de função dos Deputados e Senadores (...).

Pede que conclua por sua aprovação ou rejeição ou que elabore adições ou inclua modificações em seu texto, colimando formar opinião sobre o tema, para manifestação do **INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO**.

Entretanto a latitude da mudança constitucional, possível em face desta proposta de emenda constitucional, é de amplitude maior, como segue.

Procurarei cumprir meu dever estudando a questão, na melhor amplitude que puder; cuidando em alertar ser o tema midiático e oportunista; tratado em forma passional haja vista o momento social e a **OPERAÇÃO LAVA JATO**, que se convolou (não por quisesse ou buscasse) em vetor impróprio e determinante de nossos rumos políticos – avesso ao garantismo que sempre marcou a aplicação do Direito Penal Brasileiro -, em conta, contudo, a degradação de conduta de nossos agentes públicos, notadamente detentores de mandatos eleitorais; em especial Deputados e Senadores.

Vou a **GOFFREDO TELLES JÚNIOR** (em FOLHA DOBRADA – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, página 677):

Na minha Faculdade, o Professor Pedro Lessa, em memorável discurso de paraninfo, pronunciado em 1906, disse:

‘Os encargos de legislar e executar leis são conferidos, não aos que deram prova de maior capacidade, mas, por uma espécie de seleção inversa, em que a mais condenável abdicação do povo, a mais egoísta e indecorosa suspeita dos governos e as mesquinhas aspirações dos políticos profissionais, geram em regra a vitória dos menos idôneos intelectual e moralmente’.

Prossigo em sua leitura, nessa mesma obra, na página 682 e tiro ainda de **GOFFREDO**:

Forçoso é reconhecer que Democracias do ‘faz-de-conta’ se têm verificado quando setores importantes do Parlamento se desmoralizam e desacreditam, por negligência imperdoável, por desídia e desinteresse, às vezes por pulsilimidade, enxovalhando-se vergonhosamente.

Mas – preciso dizê-lo! – o que eu vi, com freqüência, na minha Constituinte de 1946 e no subseqüente Congresso Nacional foi outra coisa. O que eu vi foi surgirem, no próprio seio dos ‘partidos pragmáticos’, algumas figuras exponenciais, cuja autoridade se impunha às Comissões e ao Plenário do Parlamento. Com seu idealismo e sabedoria – atributos que lhe eram próprios independentes dos pendores de seus partidos -, inspiravam, durante os trabalhos do Congresso, sensatez, retidão e dignidade, impedindo, não raro, resultados mesquinhos ou indecorosos.

Passo por **JÚLIO MESQUITA FILHO**:

- LEMBRAI-VOS DE 37!

Verifico que todas as ditaduras brasileiras principiam com restrições a parlamentares, com o fechamento das casas legislativas, depois, a censura, a tortura e o terror.

A questão das imunidades parlamentares e das prerrogativas dos Deputados e Senadores, dentre elas, quer mais dizer do que evitar que marginais comprem mandatos legislativos, para buscar a impunidade pelo foro de prerrogativa, que lento não lhes julga os crimes, augurando-lhes prescrição das faltas e impunidade consequentemente.

A exceção não se pode convolar em regra.

RUBENS GLEZER – doutor em teoria do direito pela USP, professor de direito constitucional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas -, em TENDÊNCIAS/DEBATES, no jornal FOLHA DE S. PAULO, página A3, em 12 de novembro de 2016, sobre a prerrogativa de foro, para agentes públicos, opinou:

Essa garantia seria posta a perder com a simples extinção do instituto. É verdade que esse valor também não está também tão bem protegido no sistema atual, o que pode ser corrigido.

Por exemplo, não resta dúvida de que o foro privilegiado no STF (Supremo Tribunal Federal) é extremamente problemático. O Supremo não tem estrutura operacional para lidar com os processos de todos os parlamentares e ministros de Estado. Trata-se de uma instância que poderia ser reservada para a Presidência da República, da Câmara e do Senado – ou nem mesmo isso.

Todavia, o foro privilegiado vai muito além do STF. Há também o foro privilegiado no STJ (Superior Tribunal de Justiça) e nos tribunais estaduais e regionais, nos quais a questão logística opera melhor. Além disso, é possível também criar tribunais especializados para esses casos.

Sendo assim, para lidar com o problema da impunidade do alto escalão político do país, necessitamos de uma solução que respeite a complexidade do problema. A melhor inovação virá do aperfeiçoamento do sistema de foro privilegiado, não do seu abandono.

É o que este trabalho se esforçará para demonstrar.

No caso particular de Deputados e Senadores não se esqueça que eles são os agentes das mudanças legislativas de que o Brasil carece.

Fazer a questão do foro de prerrogativa para eles, *tabula rasa* para simplesmente mandá-los à Justiça da Comarca, pode não ser prudente.

É preciso refletir e muito!

Muito embora, o foro judiciário de prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal seja uma criação do instituinte de 1969, roborada pelo constituinte de 1988, não se pode esquecer, pelo direito pretérito e anterior à Emenda 35, de 20 de dezembro de 2001, que o parlamentar não poderia ser processado, antes da licença de sua Casa; prerrogativa que essa Emenda suprimiu.

Hoje se pode processar um parlamentar sem licença de sua Casa, o que se pensou fosse a solução suficiente à cessação da impunidade deles, mas não foi!

Tudo continua como dantes, no quartel de Abrantes...

Mas é preciso lembrar que impunidade é uma questão de direito penal, nunca do Constitucional.

Assim, rogo prudência para o trato do assunto.

De repente, mudamos a Constituição, para atender os que têm por objetivo, punição mais efetiva para os parlamentares, que se servem do mandato para se livrar de crimes comuns e o deixamos a descoberto, sem a proteção de uma corte constitucional, com autoridade legítima, para a necessária defesa do Parlamento e em prejuízo dos que o exercem, com dignidade, mandando a competência do Supremo Tribunal Federal, para a Justiça comum e a mesma situação de impunidade, que hoje favorece o parlamentar, que abusa da função, para acobertar seus crimes, permanece, por conta da lentidão da Justiça, propiciando a impunidade dos que deturpam o instituto do foro de prerrogativa funcional para os parlamentares, até mesmo em pior escala da

que atualmente se verifica e mais tarde, arrependidos, iremos querer voltar ao sistema que revogamos, de novo, reformando a Constituição, colocada a reboque de situações excepcionais, que assim, restará desmoralizada?

Atendemos os reclamos de Ministros do Supremo Tribunal Federal, desafogando-os da exaustão da pletera de feitos que mais sacrifique a Corte e retirando da competência deles o juízo do foro das infrações penais comuns, dos parlamentares, que hoje consome seus elementos operacionais, na produção de Justiça, acumulando feitos, para os quais os processos respectivos contribuem, mas sem que sejam os únicos que sobrecarregam a pauta do STF e esquecendo-nos de que esta mudança perfaz-se pela peculiaridade do momento, em que as competências dele estão atazanadas pelo **MENSALÃO** e a **LAVA JATO**, exceções na vida jurídica e política nacional, mudamos a Constituição para atender a uma circunstância momentânea e excepcional, submetendo-a a uma situação passageira, condição que vulgariza a estabilidade dela?

São questões que devemos ponderar na reflexão sobre o tema.

É preciso ser cuidadoso em questões de emendas constitucionais, que congestionam a pauta do Congresso Nacional, para alterar a Constituição, por contingências momentâneas, que terminam por transformá-lo quase que, em imprópria constituinte originária, tal é o número de emendas constitucionais a ele propostas e por ele consumadas, permitindo concluir ser a Constituição uma carta mutável ao sabor das vicissitudes da hora, o que significa uma deturpação dela, de seu sentido e objetivo..

Entretanto, fica claro e exatamente por isto, que, se o Congresso Nacional tem esta importância – para mudar a Constituição -, ele deve merecer o foro privilegiado que ela lhe outorga, deixando as infrações penais comuns dos parlamentares sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, pelas razões e argumentos que adiante pondero para consideração deste Egrégio Sodalício..

Volto, então, ao Mestre Goffredo:

Há dias, o jornalista Josias de Souza escreveu: 'O Brasil é um país por fazer. Para fazê-lo, exige-se alguém capaz de sonhar com o impossível.'

*Estarei sonhando com o impossível? Quem sabe? Mas gosto de meu sonho. Ele me mostra o caminho.*¹

Crendo que a contemporaneidade do Direito, sem perder o senso dialético, perfaz-se, na interação, entre os conceitos; e, pois, no concurso harmônico de todos os seus operadores; exigindo precipuamente à exaustão, a expressão real da divergência, como forma de construção do consenso; encerro com **GOETHE**:

*O nobre espírito está salvo
Do mundo atro do demos:
Quem aspirar, lutando, ao alvo
À redenção traremos.*²

- | -

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) de número 470/2005 - que contém, em apenso, as propostas de emendas de números 78/07, 119/07, 174/07, 484/10, 142/12, 312/13, 364/13, 23/15, 206/16, 261/16 e 247/16 - visa conferir novo regramento constitucional ao foro por prerrogativa de função dos membros do Congresso Nacional - Deputados Federais e Senadores -, para que tais agentes públicos passem a ser processados, por crimes comuns, perante Juiz de primeira instância, como todos os cidadãos, extinguindo-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal, para tal finalidade. Para tanto, a Proposta sugere nova redação aos § 1º e § 3º do artigo 53, bem como à alínea *b*, do inciso I, do artigo 102, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil.

1. Obra citada, página 689.

2. Fausto: uma tragédia – Segunda Parte. Tradução de Jenny Klabin Segall - São Paulo: Editora 34, página 637.

Os projetos de emendas de números 78/07, 119/07, 174/07, 484/10, 142/12, 312/13, 364/13, 23/15, 206/16 e 247/16, anexos à PEC 470/2005, estão compassados na mesma questão de fundo atinente à extinção do foro por prerrogativa de função aos Deputados e Senadores, todavia, com variantes, entre a amplitude ou limites subjetivos da extinção do foro por prerrogativa de função (a todos os poderes da República ou apenas aos Deputados e Senadores), entre a abrangência dos crimes de responsabilidade (ou apenas aos crimes comuns), além de outros pontos.

O fundamento principal de todas as propostas, para justificar a extinção do foro por prerrogativa de função, está: (1) na morosidade dos processos em curso nos foros especiais, pela quantidade de detentores do foro por prerrogativa de função em face da quantidade de Ministros no Supremo Tribunal Federal, complicando-lhes a jurisdição; (2) na maquinação do foro por prerrogativa, pelos acusados, enquanto instrumento apto a gerar impunidade.

No dia 13 de julho de 2016, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), da Câmara dos Deputados, mediante parecer, votou pela admissibilidade da proposta e seus adendos, enfocando-se inexistir óbice formal, circunstancial ou material (cláusulas pétreas), aptos a inviabilizar o prosseguimento da Emenda, para extinção do foro especial, por crimes comuns, para os Deputados e Senadores, com o *plus* de que tal medida deve ser direcionada a todos os detentores do foro especial e não somente aos Senadores e Deputados, nos termos da PEC 247/16, última proposta anexada à PEC em comento.

Em 2 de agosto de 2016, por conseguinte, restou aprovada a solicitação de Audiência Pública na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara - CCJC, a fim de debater a PEC 470/2005 e as propostas a ela apensadas, sem data definida, contudo.

Assim, a *quaestio* insculpida na PEC 470/2005 é para nova redação aos § 1º e § 3º do artigo 53, bem como à alínea b, inciso I, do artigo 102, ambos

da Constituição da República Federativa do Brasil, no sentido de que os membros do Congresso Nacional - Deputados Federais e Senadores -, passem a ser processados, por crimes comuns, perante Juiz de primeira instância, extinguindo-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal, que se tornará eventualmente derivada, via duplo grau de jurisdição; sendo que, a última proposta, acolhida, inclusive, pela CCJC, da Câmara dos Deputados, visa estender a extinção do foro por prerrogativa de função a todos os seus detentores e não apenas aos congressistas.

Não obstante, este é o tema, objeto do presente parecer: a emenda 470 considerada em sua juridicidade restritamente.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 470, DE 2005.

Dá nova redação ao § 1º, ao § 3º do art. 53 da Constituição Federal e a alínea b do inciso I do art. 102.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 1º e o § 3º do art. 53 passam a vigor com a seguinte redação:

Art. 53 (...).

§ 1º Não se aplica às pessoas mencionadas nesta Seção o foro privilegiado.

(...).

§ 3º Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após diplomação, o Juiz dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até decisão final, sustar o andamento da ação.

(...)'

Art. 2º A alínea b do inciso I do art. 102 da Constituição Federal passa a vigor com a seguinte redação:

'Art. 102 (...).

a) (...).

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

(...).'

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

- II -

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, possuem prerrogativa de foro, para crimes de responsabilidade, no Senado Federal, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes conexos com os do Presidente da República – estes, após autorização da Câmara de Deputados -; e mais ainda, sem esta autorização cameral, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, o Advogado-Geral da União, os Membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

No Supremo Tribunal Federal, para ilícitos da mesma natureza, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica (nos crimes não conexos com os do Presidente da República), os membros dos Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho –, os Conselheiros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Para infrações penais comuns, o Presidente e o Vice-Presidente da República – estes ainda dependendo de autorização da Câmara dos Deputados -, seus próprios Ministros, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, o Procurador-Geral da República e os membros do Congresso Nacional, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, o Advogado-Geral da União, os Ministros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

No Superior Tribunal de Justiça, para crimes comuns, o Governador de Estado e do Distrito Federal e nos crimes comuns e de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

Nos tribunais regionais federais, das respectivas jurisdições de Justiça Federal, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Juízes Federais e os membros do Ministério Público da União, que atuarem na Primeira Instância.

No Tribunal Superior Eleitoral, os juízes dos tribunais regionais eleitorais, cortes estas em que detêm prerrogativa de foro os juízes eleitorais, nos crimes de responsabilidade.

Nos tribunais de justiça estaduais, os procuradores gerais de justiça estaduais e do Distrito Federal – que, nos crimes de responsabilidade, são julgados pelo Poder Legislativo local -, nos crimes comuns e nestes e nos crimes de responsabilidade, os juízes de direito estaduais, os respectivos promotores de justiça.

Os prefeitos municipais tem foro na sede do Tribunal de Justiça de seu Estado (artigo 29, inciso X, da Constituição Federal), para os casos de crimes comuns, na sede do Tribunal Regional Eleitoral de seu Estado, para o caso de crimes eleitorais, e nas Câmaras Municipais, de seus Municípios, para os crimes de responsabilidade em que incorrerem.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de definir a locução constitucional ‘crimes comuns’ como expressão abrangente de todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais e alcançando, até mesmo, as próprias contravenções penais. Precedentes (STF – Pleno – Recl. nº 511-9/PB – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Secção I, 15 set. 1995 – Ementário STJ, nº 1800-010).

Conferir, no mesmo sentido: RTJ 33/590; RTJ 63/1; RTJ 91/423.³

*Até mesmo o Inquérito Policial eventualmente instaurado deverá correr no STF, sendo cabível, inclusive, reclamação, caso o inquérito esteja correndo em outro juízo ou tribunal, para desnudar a prerrogativa de foro.*⁴

Direitos a foro especial ou privilegiado remontam ao Direito Romano, encontram sede no Direito Medieval e Canônico e são instituídos, em princípio, tendo em vista a qualidade dos sujeitos por eles beneficiados, em favor dos militares, dos legionários, dos nobres, dos juizes, dos oficiais judiciais, dos abades, dos priores, dos fidalgos e de pessoas poderosas.

Atualmente cessado o privilégio, direitos a foro especial visam assegurar a autonomia do exercício de funções públicas, em prol do bem comum e neste senso, são prerrogativas.

- III -

O Ministro Celso de Mello - no Inquérito 1.376 AgR, DJ 16-03-2007, p. 21 -, expõe que a *prerrogativa de foro é outorgada racionalmente, ‘ratione muneris’, a significar, portanto, que é deferida em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado, sob*

3. ALEXANDRE DE MORAES, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO BRASIL INTERPRETADA E LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL – São Paulo: Atlas, 2003, 2ª edição, pág. 1.385.

4. J.J. GOMES CANOTILHO et alii. COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, página 1.075.

pena de tal prerrogativa – descaracterizando em sua essência mesma – degradar-se à condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal e assim, depois de cessado o exercício da função, não deve manter-se o foro por prerrogativa de função, porque cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não tê-la estendido mais além, a própria Constituição, conforme Inq 656 QO, Relator Min. Moreira Alves, DJ 31-10-2001, p. 6.

Coerentemente – em sede de infrações penais comuns - o Supremo Tribunal Federal revogou a Súmula 394 (*Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício*) e editou a Súmula 451, *A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional.*

Colhe-se em NOTÍCIAS STF que *A prerrogativa, segundo o Ministro Lewandowski, não deve ser confundida com privilégio. ‘O foro por prerrogativa de função do magistrado existe para assegurar o exercício da função com independência e imparcialidade’. Num paralelo com a imunidade dos parlamentares, seu voto assinala que se trata antes, de uma garantia dos cidadãos e, só de forma reflexa, de uma proteção daqueles que temporariamente, ocupam certos cargos, no Judiciário ou no Legislativo – ou seja ‘é uma prerrogativa da instituição judiciária, e não da pessoa do juiz’.*⁵

É em face da concretização dos princípios do contraditório e da ampla defesa, como subprincípios do devido processo legal, que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, constitui por seu artigo 133, Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

5. Vide NOTÍCIAS STF, de quinta-feira, 22 de março de 2012, acesso em 16 de outubro de 2016, em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoiciaDetalhe.asp?idConteudo=203318>.

Por sua vez, o artigo 47 da Constituição Imperial de 1824, atribuía ao Senado Imperial – como foro para crime de responsabilidade - conhecer dos delictos individuaes, commetidos pelos Membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores, e dos delitos dos Deputados, durante o período da Legislatura.

Em ótica republicana consequentemente pode se conceituar o foro senatorial dos Membros da Família Imperial – em senso monárquico, um valor simbólico do regime dinástico porque não amparava apenas o sucessor-, como um favor constitucional permanente do constituinte de 1824, outorgado à vista de uma qualidade intrínseca da pessoa porquanto simples membro da Família Imperial (qualidade que ela ostentaria enquanto viva fosse por razão de sangue ou por atributo de nascimento haja vista que nascido nessa Família), entretanto, sem que desempenhasse função pública de qualquer espécie.

Ao passo que, naquela mesma carta monárquica, o juízo pelo Senado, dos Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores, e dos delitos dos Deputados, durante o período da Legislatura, decorria de um atributo transitório e extrínseco da pessoa, enquanto Ministros de Estado, Conselheiros de Estado e Senadores (muito embora estes dois últimos fossem vitalícios) e no que toca aos delitos dos Deputados, durante o período da Legislatura, por conseguinte, enquanto mandatários públicos, como diria o Ministro Celso de Mello, *ratione muneris*.

Mutatis mutandis se, nos termos da Constituição em vigor, haja vista seu artigo 133, O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, resta claro que esta isenção do advogado em ser inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, não é um favor constitucional que ampara a pessoa por ser advogado, mas uma vantagem jurídica material e formal que o põe a salvo de ser responsabilizado em sede judiciária por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, por conseguinte, por conta do múnus que ele desempenha na administração da justiça.

Fosse o advogado tanto protegido constitucionalmente, por ser apenas advogado, como os Membros da Família Imperial, por seu estado de família e para somente serem julgados pelo Senado e não por seus atos e manifestações no exercício da profissão, haveria um privilégio instituído em prol dos que exercessem a advocacia, não uma prerrogativa, para assegurar o consequencialismo dela, em favor da concretização dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, para realização do devido processo legal.

Verifica-se então que o foro privilegiado é uma deferência às qualidades pessoais do jurisdicionado, dentre elas, por seus atributos de sangue ou de nascimento⁶, como, na hipótese da Constituição do Império, ficando claro, que a prerrogativa protege a função dele, de que deriva sua submissão apenas ao foro excepcional, enquanto o jurisdicionado a tiver exercendo.

Logo, prerrogativa não é privilégio, que é o que abona a FAMÍLIA IMPERIAL, para que tivesse um juízo especial no Senado, porque esse privilégio não se sustenta em um *discrimen* que se justifique para a efetivação do bem comum, como a prerrogativa do advogado, em ser inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, a qual enquanto permite viabilizar-se justiça, realiza a ordem constitucional que tem por princípio, meio e fim a dignidade da pessoa humana, que resulta da justa aplicação da lei, que é uma das mais importantes colimações de toda esta ordenação.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins comentam que o caráter inconstitucional da discriminação não repousa tão somente no critério escolhido, mas na falta de correlação lógica entre aquele critério e uma finalidade ou valor encampado quer expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico, quer ainda na consciência coletiva.⁷

6. Fernando Capez. CURSO DE PROCESSO PENAL – São Paulo: Saraiva, 2010, , 17ª edição, página 122.

7. CELSO RIBEIRO BASTOS et al. COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL – São Paulo: Saraiva, 1989, 2º volume, página 12.

J.J. Gomes Canotilho informa que existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo, (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza que Isonomia é igualdade entre os iguais, isto é, entre os que preenchem as mesmas condições ou se encontram em situações comparáveis.⁹

José Afonso da Silva refletindo sobre o princípio da igualdade perante a lei, colaciona que O princípio significa para o legislador – consoante observa Seabra Fagundes – ‘que, ao elaborar lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção a suas diversidades’.¹⁰

Isto porque o juízo de proporcionalidade revela-se um juízo jurídico, assente na correcta interpretação das normas e na adesão aos fins que lhe subjazem; e que atende, na sua aplicação, à diversidade de objetivos, de situações e de interesses em presença. Não é um juízo meramente cognoscitivo; com ele, cura-se de uma funcionalidade teleológica, não de qualquer funcionalidade lógica ou semântica.¹¹

8. J.J. GOMES CANOTILHO. DIREITO CONSTITUCIONAL e Teoria da Constituição – Coimbra: Almedina, 7ª edição.

9. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – São Paulo: Malheiros Editores Limitada, 1994, 5ª edição, página 34.

10. JOSÉ AFONSO DA SILVA. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO – São Paulo: Malheiros Editores Limitada, 1999, 16ª edição, página 218.

11. JORGE MIRANDA. MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL TOMO IV DIREITOS FUNDAMENTAIS – COIMBRA: COIMBRA EDITORA, 3ª edição, página 207.

Nestes termos, é que se pode dizer que a instituição do foro especial por prerrogativa de função, não se trata de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores.¹²

*Efetivamente prerrogativa de foro não é privilégio pessoal para favorecer o réu, como críticas apressadas costumam apontar. Na realidade, a competência originária de tribunais pode até desfavorecer o réu. Pense-se na possibilidade de recorrer contra o pronunciamento condenatório. Quando atuante o juiz de 1º grau, um tal pronunciamento poderá ser revisto e modificado pelos órgãos superiores. Na hipótese de competência originária destes órgãos superiores, tal possibilidade se estreita ou até mesmo se exclui. A prerrogativa de função não, é, pois, um privilégio.*¹³

Muito menos, a prerrogativa de foro, é algo que ofenda o princípio da isonomia.

Para o Ministro Gilmar Mendes e o constitucionalista Lenio Luiz Streck (em *COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL*, em obra de J.J. CANOTILHO *et alii* – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013), página 1.365), *A análise das regras constitucionais que estabelecem a competência por prerrogativa de função não prescinde de uma correta compreensão da posição institucional dos agentes políticos. É justamente a posição peculiar desses agentes que justifica o tratamento constitucional diferenciado em relação aos demais agentes públicos. O desconhecimento de tal diferenciação, cabe enfatizar, é que tem justificado equivocadas afirmações no sentido de que a prerrogativa de foro representaria*

12. FENANDO DA COSTA TOURINHO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO – São Paulo: Saraiva, 2012, 14ª edição, p. 363.

13. MARIA LÚCIA KARAM. COMPETÊNCIA NO PROCESSO PENAL – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 4ª edição, página 38.

ofensa ao princípio da isonomia. A tentativa de estabelecer tratamento idêntico entre agentes que se encontram em situação de desigualdade é que, isto sim, representaria inadmissível ofensa ao princípio da isonomia.

O Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, declarou ao jornal O ESTADO DE SÃO PAULO, edição de quarta-feira, 12 de outubro de 2016, página A8:

(...).

A prerrogativa de foro deveria ser drasticamente reduzida, para abranger apenas os chefes de poder, e, talvez, os ministros do Supremo.

(...).

Eu defendo a criação de duas varas federais, em Brasília, uma para matéria penal, outra para ações de improbidade administrativa. Esses juízes seriam escolhidos pelo Supremo, com mandato de quatro anos, ao final dos quais seriam automaticamente promovidos para o seu Tribunal, para não dever favor a ninguém. E teriam tantos juízes auxiliares quanto necessário.

(...).

Qualquer juiz criminal que possa prender alguém é muito poderoso. E depois, na minha proposta da decisão dele, caberia recurso, ou para o Supremo ou para o STJ. Haveria um controle, mas sairia do Supremo esse papel de fazer a instrução do processo, funcionando como primeiro grau.

(...).

Porque o parlamentar, sobretudo no seu Estado, no seu município, pode ser perseguido. Eu gosto de brincar:

Brasília é muito longe do Brasil, então não tem risco deste tipo de influência local.

*Segundo a Revista Consultor Jurídico, acessada no dia 4 de setembro de 2007, o advogado **ANTONIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA** declarou:*

(...).

Algumas autoridades podem e devem ser julgadas de forma diferenciada porque exercem funções especiais, com características especiais. Não posso entender que um presidente de tribunal possa ser julgado por um juiz de primeira instância, recém ingresso na magistratura, inexperiente.

(...).

Um problema muito sério é o da politização da Justiça, especialmente nas comarcas do interior do Brasil, onde tanto o juiz como o promotor ficam sujeitos a influências e pressões. Isso é real. Na apuração de crimes de maior repercussão, muitas vezes juiz e promotor ficam subjetivamente comprometidos emocionalmente com o fato. São seres humanos, mas sentirão toda aquela repercussão que está batendo a sua porta.

(...).

*Realce-se a sapiência que se extrai da antiga Reclamação número 473, de 1 de janeiro de 1962, de Relatoria do ilustre Ministro **VICTOR NUNES LEAL**, do Supremo Tribunal Federal, muito bem asseverando: a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu*

exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois uma garantia bilateral, contra e a favor do acusado.

Sintetize-se!

Concorrem em prol da prerrogativa de foro, as abalizadas opiniões de expoentes do Direito.

O Ministro Victor Nunes Leal, enquanto artifice, no Supremo Tribunal Federal, do regime das súmulas de jurisprudência, figura modernizador do ordenamento jurídico pátrio e não por acaso, autor de Coronelismo, Enxada e Voto, desvenda os limites canhestros dos mistérios de nossa formação e inculca realidade, figurando na antologia da sociologia brasileira, como pontífice, na companhia, entre outros, de Joaquim Nabuco, Gilberto Freire, Sérgio Buarque de Holanda, Caio Prado Júnior, Antonio Cândido, Darcy Ribeiro e Fernando Henrique Cardoso.

Luís Roberto Barroso, fautor do Direito Brasileiro pós-moderno, expressão relevante na magistratura do Supremo Tribunal Federal, em dimensão temporal diferente daquela de Victor Nunes Leal, viventes em contextos geográficos sociais distantes, por mais de três ou quatro gerações de brasileiros, formam denominador comum, admitindo a deturpação do devido processo legal – do qual o direito ao juízo natural é um dos pilares, aqui, sustentado pela regra da prerrogativa de foro -, o primeiro, pelo subdesenvolvimento cultural destes grotões da interlândia brasileira; o segundo, pelas mazelas da maldade da alma humana.

A isto pode se aduzir a experiência de Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, advogado com largo conhecimento dos percalços do foro, cujas sábias

observações não podem ser desprezadas, a se ter um quadro das limitações humanas influentes na autenticidade da jurisdição.

Não há dúvida de que o processo é o patíbulo do cidadão honesto porque a organização judiciária é antijurídica, no Brasil, assim, sendo a Justiça uma utopia, que, compatibilizada no cronos da imprevisão, reduz-se, pela obsolescência de sua funcionalidade e porquanto, ademais, vitimada pelo conforto de sua burocracia, corre em leito de tempo eterno e, portanto, é ineficiente e ineficaz, quase sempre, salvo o acordo ou a composição, entre partes, que, em si próprios, já corporificam disfunção em suas finalidades, como serviço público.

Porque sua função pública e precípua é jurisdicionar: dizer o Direito, para fazer Justiça; cabendo-lhe, não homologar acordos de conveniência e oportunidade, mas a composição da lide de acordo com o que seja jurídico, dando razão a quem tem direito.

A defraudação da alma humana, que induz e conduz a atemporalidade do processo, facilita o instrumentar das demandas para conseguir conseqüências e efeitos oblíquos, como as que podem fluir de um processo deturpado e manipulado, para render o cidadão a sua tirania e aos caprichos dos interesses sectários da sociedade e assim, um agente público pode ter sua atuação nesta qualidade funcional inibida por um feito de causa às vezes, improvável, mas, provavelmente, comprometedor de sua eficiência, na condução da causa pública, até conclusão final, quando posto ao alcance da influência de seus desafetos.

No tocante a Deputados e Senadores, especialmente, poderosos opositoristas de suas bases eleitorais, podem se apoderar do rumo do processo, influenciando autoridades processantes inexperientes e carentes de fama e prestígio, que se pode construir pela destruição de imagens e, com isto, termina o processo legal vilipendiado, a serviço de veleidades malignas e exposto o réu ao guante da injustiça, se tramitado em juízo influenciável pela expressão social e política do agente público processado, contrariamente ou em favor dele.

Por certo, que o juízo de direito, em Brasília e longínquo da sede em que possa atuar a emoção dos fatos, marcado pela experiência de seus juízes – eis que também esta é conhecimento jurídico –, é contributo à concretização do devido processo legal, na medida em que, favorece, pela cultura, vivência e desvinculação de seus magistrados, do foro sensível à expressão pessoal do agente público, a imparcialidade do juízo; enquanto, ademais, esses magistrados superiores são melhor infensos às pressões sociais e midiáticas bem como ao tráfico de influência, mais facilmente ocorrentes na sede em que a Justiça possa ganhar maior conotação política.

Onde há emoção é difícil entrar a racionalidade.¹⁴

Marca-me cena do filme *RAÍZES*, de Spielberg, em que a defender um escravo, na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, um ex-presidente daquela República, **John Quincy Adams**, nos albores do século XIX, parece-me que antigo ministro dela, então, advogando, em seu Pretório, coloca sua mão sobre a tribuna e antes de iniciar a peroração da defesa, dela se vê brotar incessantemente o suor de sua emoção, de sua mão posta na borda do púlpito, para o chão.

Emocionado...

Ouvi ou li – certa vez –, da Ministra Carmen Lúcia, sua narrativa da apreensão de um magistrado, em seu primeiro dia de judicatura.

Imagine um juiz – em início de carreira e, pois, desprovido das prerrogativas constitucionais da Magistratura e em período de prova –, do grandioso Estado de Alagoas ou mesmo qualquer outro, de São Paulo, no primeiro dia de carreira, deparar-se, na aridez de seus sertões ou no Pontal do Paranapanema, de sua esquecida comarca, com o juízo de uma questão de infração penal, que seja a de um atropelamento, para apenar Renan Calheiros ou José Serra.

14. Luiz Flávio Gomes, em <http://migalhas.com.br/dePeso/16,MI122074-STF+foro+privilegiado+e+vio+lação+da+igualdade>; acesso em 2 de novembro de 2016.

Ou um munícipe, que, em justo revide devolva, uma injúria de um Governador abusado (como tantos que houve e há), vindo ser por ele processado? Ou que apresente uma queixa contra o Corregedor de Justiça, de um Tribunal Estadual? Poderá julgá-lo *et concessa maxima venia*, um juiz da roça?

Os homens, ao invés de deuses, são humanos e se somente o poder limita o poder, apenas o devido processo legal pode disciplinar a emoção e evitar a deturpação das demandas a envolver questões de qualquer natureza;, especialmente as que possam apresentar conotações políticas ou apenar políticos e quando dele possa resultar, entre outras penalidades, a cassação de direitos dos jurisdicionados, notadamente dos de natureza política.

A prerrogativa de foro concorre então para conter o desvio do processo judiciário de suas finalidades éticas e jurídicas, contrariamente aos que o querem deturpar para atingir finalidades políticas ou eleitorais, sacando vantagens pessoais, em prejuízo de seus adversários políticos ou da higidez da função pública.

Há juízes heróicos e corajosos, seres humanos irreduzíveis em sua fortaleza ou indefectíveis em seus caracteres, acima de qualquer influência, eventualmente, mas esta não é a regra dos viventes (que somos falíveis e influenciáveis por tudo quanto nos cerca e sentimos, até pelo desejo de fazer ou não justiça); e, por isto, os legisladores e os constituintes atuam em regra por defender e tutelar bens, princípios e valores jurídicos, pondo-os acima dos titubeios humanos e intangíveis quanto às deficiências possíveis da Humanidade, para que, em cada passo da existência, se realize o bem comum.

Assim, se dados os fatos, intui-se o Direito, não é possível dizer que o contexto social de nosso país, não justifique a exceção da prerrogativa de foro.

Nivelar os jurisdicionados, fazendo os desiguais iguais a todos, em face do Poder Judiciário, para dotar todos das mesmas armas, na busca da Justiça, assim, igualando suas oportunidades de defesa, com isto, realizando em

potência, o processo legal em compasso isonômico; fazendo-o idêntico para todos concomitante e indistintamente, enquanto presidido por um juízo natural e imparcial, é realizar o princípio constitucional da igualdade perante a lei, que é o cerne da Justiça efetivamente.

O agente público posto em face de um Juízo suspeito, por manipulação, ou impotente para afastar e debelar influências deturpantes da liceidade do processo – por veleidades estranhas ao direito –, é quem está em desigualdade, com o comum do povo.

O ethos e a razão de ser do devido processo legal perfazem-se com a prerrogativa de foro.

A prerrogativa de foro não é ofensa à isonomia legal. Porque ela se realiza para dar ao agente público o mesmo processo dos comuns, nivelando-os em face do Poder Judiciário, de sorte a permitir que todos usem, as armas de que dispõem a cidadania, para se defender, valendo-se das mesmas garantias constitucionais, para o exercício do contraditório e da ampla defesa, em busca de Justiça.

É um instrumento para realizar o princípio jurídico da isonomia.

Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.

- IV -

Em defesa das imunidades parlamentares como garantias do Parlamento e da própria Sociedade, Ruy Barbosa afirmava que 'tanto não são do Senador, ou do Deputado, as imunidades, que delas não é lícito abrir mão. Da representação poderá despir-se, demitindo-se de seu logar no Congresso. Mas, enquanto o ocupar, a garantia de sua liberdade adherirá inseparavelmente ao representante, como a sombra ao corpo, como a epiderme ao tecido celular (Commentários à Constituição federal brasileira. São Paulo: Saraiva, 1933. t. 2, p. 42).¹⁵

15. ALEXANDRE DE MORAES, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO BRASIL INTERPRETADA E LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL – São Paulo: Atlas, 2003, 2ª edição, pág. 1.018.

A Constituição do Brasil, de 1988, trata do chamado 'Estatuto dos Congressistas', em seu Título IV, Capítulo I, Sessão V, compreendendo os arts. 53 ao 56. O Estatuto dos Congressistas denota as normas que regulam as 'imunidades e vedações' parlamentares, bem como 'prerrogativas de foro e processo'. Trata-se, portanto, das normas constitucionais que estabelecem o regime jurídico do congressista.

Assim, a Carta Magna concede aos congressistas, inviolabilidade por suas palavras, opiniões e votos, ou seja, imunidade material e, também, desde a diplomação, foro de prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, bem como a garantia de não serem submetidos à prisão, a não ser em casos de flagrante em crime inafiançável, isto é, imunidades formais. Tais garantias e imunidades, entretanto, não devem ser vistas como regalias ou privilégios dados aos deputados e senadores, vez que se referem à instituição 'PODER LEGISLATIVO' e, não à pessoa do congressista, o que se percebe pela própria dicção constitucional que denota que tais normas somente são aplicáveis para se proteger a função parlamentar.¹⁶

JOSÉ ROBERTO BATOCHIO – advogado combativo, por ilustração e cultura, que presidira o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil -, em 28 de setembro de 2016, no Instituto dos Advogados Brasileiros e como orador oficial, em solenidade comemorativa do aniversário dessa Instituição, apontou:

De fato, a independência, a liberdade e a inviolabilidade da função parlamentar, dentro e fora do recinto das Casas Legislativas, sempre receberam, nas democracias consolidadas, garantia em nível constitucional. É o que já constava no Bill of Rights: 'The freedom of speech or debates or proceeding in parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament'.

Neste mesmo sentido a Constituição Americana de 1797: 'The Senator and Representatives... Shall, in all cases, except treason, felony and breach of peace,

16. J.J. GOMES CANOTILHO et alii. COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, página 1.072.

be privileged from arrest, during their respective houses, and in going to any returning from the same; and from any speech or debate in either house they shall not be questioned in any other place’.

Mais explícita a Constituição Francesa de 1791: ‘Les représentants de la nation sont inviolables: ils ne pourront être recherchés, accusés, ni jugés em aucun temps pour ce qu’ils auront dit, écrit ou fait dans l’exercice de leurs fonctions de représentants’ (Art. 7, Section V, Chapitre I, Titre III).

Extrai-se livremente.

Do **Bill of Rights**:

A liberdade de discurso, de debate ou a conduta [do Parlamentar] somente é questionável no Parlamento.

Da **Constituição Americana de 1797**:

O Senador e os Deputados livram-se de prisão por suas manifestações ou opiniões parlamentares durante as atividades congressuais exceto em hipóteses de traição, prática de crime ou quebra da paz e nestas situações, suas condutas somente poderão ser questionadas no Congresso. Os congressistas não podem ser presos durante as sessões e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem.

Da **Constituição Francesa de 1791**:

Os representantes da Nação são invioláveis: eles não podem ser presos, acusados e nem julgados em tempo algum; pelo que eles disserem, escreverem ou fizerem no exercício da representação.

O constituinte brasileiro - vetorizado por esta tríplice relação - inspirou-se nestas regras, encapsulando seus valores e princípios norteadores, em suas constituições; assim, erigindo a imunidade formal e material de seus parlamentares, como preceito constitucional, indispensável à independência do Poder Legislativo em face dos demais poderes do Estado

e de influências nefastas da paixão política e dos interesses contrariados pela ação parlamentar, não podendo o representante, Senador ou Deputado ser processado por sua atuação em cumprimento do mandato posto que livre de incriminação a execução do mandato popular representativo com finalidade de representação política, por quaisquer das opiniões palavras e votos dos parlamentares.

Na Constituição do Império, artigo 26, garantia-se que *Os membros de cada uma das Câmaras [posto existirem Senado e Câmara] são invioláveis pelas opiniões que proferirem no exercício de suas funções*; na primeira constituição republicana, na de 1891, inclusive com a Emenda Constitucional n. 26, de 3 de setembro de 1926, *Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato*; de acordo com garantia que se estampa, da mesma forma, na Constituição de 1934.

A Constituição do Estado Novo, de 1937 – em que pese durante sua vigência até 1945, nunca haver funcionado o Poder Legislativo haja vista que camuflava um regime ditatorial - previa em seu artigo 43, que *Só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Congresso Nacional pelas opiniões e votos que, emitirem, no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.*

Por sua vez, a Constituição de 1946, voltando ao amparo irrestrito do parlamentar, constituiu que *Os Deputados e Senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos*, nos termos de seu artigo 44; o mesmo fazendo a Constituição de 1967, apesar de ditatorial, por força de seu artigo 34.

A Constituição outorgada pela Junta Militar da ditadura de 1964 – como Emenda Constitucional n. 1, de 1969, à Carta de 1967 -, restringiu a imunidade parlamentar, dispondo pela cabeça de seu artigo 32, *Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional.*

A Constituição de 5 de outubro de 1988, em sua redação original, igualmente consagrou a imunidade parlamentar, ademais, outorgando aos parlamentares outras prerrogativas; como seguem.

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente sem prévia licença de sua Casa.

§ 2º O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato.

§ 3º No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

§ 4º Os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 6º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 7º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa

respectiva, nos casos de atos, praticados fora do recinto do Congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

Atualmente é este o dispositivo constitucional vigente deste artigo 53 haja vista a Emenda Constitucional n. 35, de 20 de dezembro de 2001:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

Vê-se, então, que, com Emenda Constitucional n. 35 restou definida em maior completude que nas constituições anteriores, a imunidade parlamentar, daí cabendo a reflexão:

Quanto à abrangência do instituto, lembramos que o art. 53, em sua redação original, dizia que ‘os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos’. Disso decorria discussão sobre o alcance da imunidade material, ou seja, se se tratasse de exclusão apenas de crimes ou também de ilícitos civis. Com a atual redação, dada pela EC nº 35/2001, ao dispositivo acresceu-se a expressão ‘civil e penalmente’ e a palavra ‘quaisquer’, passando o art. 53 a asseverar que os ‘Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Portanto, a partir da emenda, não há mais margem a dúvidas quanto a que a impunidade material exclui também a responsabilidade no âmbito civil.

Quanto à expressão quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, reforça o entendimento de que a imunidade material abrange as esferas penal, civil e administrativa/política. Mas isso não quer dizer que possa invocar a prerrogativa o parlamentar que tenha feito pronunciamento – dentro ou fora do parlamento

– em desconexão com o exercício do mandato legislativo, Ou seja, a imunidade somente deflui de atos praticados em decorrência da função parlamentar. Imunidade não é blindagem. Seria uma contradição que, em nome da democracia e da garantia da liberdade do exercício do mandato, viéssemos a entender que o parlamentar é uma pessoa acima da lei, podendo ‘dizer qualquer coisa’ e invocar a proteção da expressão semântica ‘quaisquer de suas opiniões, palavras e votos’. Também não bastará a simples invocação de estar proferindo determinadas opiniões ‘no exercício do mandato’. Essa conexão deve estar demonstrada à saciedade, nos mínimos detalhes, para evitar abusos e impunidades. Observe-se ademais que a imunidade é do parlamentar e não do partido ou o cargo que o parlamentar estiver exercendo. Portanto, ao falar ‘em nome do partido’, o parlamentar restará, se for o caso, responsabilizado pessoalmente.¹⁷

Logo, os parlamentares brasileiros, desde a data de suas diplomações e enquanto dure o mandato e desde que o estejam exercendo e pelo quanto atuarem no exercício da função – fora ou dentro do Parlamento, portanto em caráter *propter officium* e *in officium* -, dispõem constitucionalmente de imunidade material e formal, no âmbito penal, civil e político administrativo (Constituição Federal, artigo 53, *caput*); não incidindo seu comportamento, nestas circunstâncias e situações, na fatualidade que esteja sancionada por previsões legais de quaisquer naturezas, nem conseqüentemente podem ser processados por as terem, em tese, violado, por causa do mandato ou no exercício dele.

Gozam de imunidade material e processual (Constituição Federal, artigo 53, § 1º); são *invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos*, no exercício da representação na sede do Parlamento ou fora dele, nesta hipótese, quando atuarem por causa dela, mas não no Congresso Nacional.

Estas imunidades prevalecem mesmo em situação de estado de sítio, para proteger o exercício parlamentar na sede do Congresso e suas supressões

17. J.J. GOMES CANOTILHO et alii. COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, página 1.074.

somente podem ocorrer neste estado, se permitidas pelo voto da maioria de 2/3 dos membros da Casa a que pertença o parlamentar, restritamente com relação a atos que praticar fora do Parlamento.

Apenas podem ser processados no Supremo Tribunal Federal, por conta do § 1º, do artigo 53, da Constituição Federal, em hipóteses de infrações penais comuns; cujos processos – é dever do STF informar sobre a existência deles, ao Congresso Nacional e quando por ele recebidas suas queixas crimes ou denúncias - podem ser sustados pelo Senado ou pela Câmara, por iniciativa de partido político e pelo voto da maioria de seus membros.

Têm limitada imunidade prisional (Constituição Federal, artigo 53, § 2º), no que tange a infrações penais comuns, em consequência das quais somente podem ser presos, se, em flagrante delito de crime inafiançável, ainda assim somente valendo a prisão, se ratificada pela Casa em que funcionem.

Dispõem de imunidade probatória, pois não têm obrigação de testemunhar sobre fatos e pessoas, a partir das quais tenham recebido ou dado conhecimento, quanto aos primeiros; e enquanto por eles sabidos, no exercício do mandato (Constituição Federal, artigo 53, § 6º); sempre que necessária a recusa em depor para preservar a independência do Poder Legislativo.

Importa ainda que os códigos de processo e outras disposições de direito formal vigentes, ainda lhes facultam marcar dia e local para depor em juízo ou em inquéritos policiais e em outros processos administrativos. Porque não se quer que o trabalho da Justiça reduza a dedicação do parlamentar ao mandato em prol do povo, enquanto, estima-se que a retirada dele de suas atividades iniba o regular funcionamento do Congresso, dada de forma imprevista e não programada.

Mas vejam que, além das imunidades, estas prerrogativas previstas nos parágrafos do artigo 53 da Constituição Federal, são garantias funcionais para o exercício do mandato e jamais privilégios pessoais, de sorte que são irrenunciáveis por eles – salvo renúncia expressa ao mandato parlamentar

-, como avulta evidente na hipótese do § 7º do artigo 53, em análise, consignante de que *A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.*

Se o Deputado ou o Senador embora militar quiser retornar a seus quadros, de origem, na situação de guerra, para servir o País, somente o poderá fazer, quando autorizado previamente pela Câmara ou pelo Senado, caso queira preservar o mandato.

Esta restrição bem demonstra o caráter funcional do dispositivo em foco, enquanto põe o mandato parlamentar preservado de suspensão ou término não autorizado pelo Congresso, mesmo em caso de guerra porque o mandato pertence à representação popular e ao mandatário, enquanto representante do povo e não a ele, conquanto pessoa de direito individual.

Neste sentido que a competência jurisdicional especializada, para o juízo de agentes públicos, é considerada necessária, adequada e proporcional quando sopesada como um valor constitucional preponderante à vista de outros traduzidos igualmente em regras de jurisdição que colimam sustentar o princípio do devido processo legal, instrumento indispensável à realização da Constituição.

Assim, Guilherme de Souza Nucci (em *CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO* - São Paulo: RT, 2011, 10ª edição, pág. 266) obtempera:

Prerrogativa de função e Tribunal do Júri: para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, a Constituição Federal estabeleceu como regra, ser competente o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, d). Entretanto, constitui também previsão constitucional o foro privilegiado em virtude de prerrogativa de função. Assim, surgiria a questão: se um deputado federal cometesse um homicídio doloso deveria ser julgado no Supremo Tribunal Federal ou no Tribunal do Júri? A questão vem sendo respondida, de forma praticamente unânime, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, que, se ambas as competências são estabelecidas na Constituição Federal, deve-se considerar aquelas que dizem

respeito à prerrogativa de foro, em detrimento, pois, ao Tribunal do Júri. O deputado [idem, o Senador] deve ser julgado no Supremo Tribunal Federal.

Não quis o constituinte submeter o detentor do mandato popular ao juízo de direito popular para não comprometer a higidez deste mandato especial constituído por via idêntica ao veredicto do júri.

- V -

A inteligência do preceito, no entanto, às vezes, é considerada além da literalidade da previsão constitucional que institui a garantia, sopesada como consequente do sistema de regras e princípios que se enfeixam para sustentar a ordem constitucional.

O Código de Processo Penal estabelece que *Determinará a competência jurisdicional a prerrogativa da função* (artigo 69, inciso VII), refletindo estes dispositivos constitucionais; que os repete em seus artigos 84 a 86, merecendo enfoque o artigo 84, deste Código:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício da função pública, observado.

Os §§ 1º e 2º do supra mencionado artigo – introduzidos pela Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002 - foram declarados inconstitucionais, nos termos

do julgamento conjunto das ADIN 2.797 e 2.860-0, pelo Supremo Tribunal Federal, em 15 de dezembro de 2005.

O § 1º dele fora introduzido em seu dispositivo, como forma de restauração da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, editada em 1964 e que viera a ser cancelada, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 25 de agosto de 1999.

O §2º, nele foi encartado, para fazer a ação de improbidade administrativa ser julgada pelo foro especial e constitucional da autoridade nela processada, como estabelecido pela Constituição Federal, para questões criminais.

Vale recordar que a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, enunciava: *Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de foro, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.*

Entretantes, enquanto o tema do § 1º não resta repristinado, porquanto persegue a contemporânea jurisprudência brasileira o mesmo escopo inspirador da revogação da Súmula 394, o mesmo não acontece com o tema do § 2º.

No Supremo Tribunal Federal, por isto, tem-se entendido:

Realmente, não parece lógico, do ponto de vista dos direitos fundamentais e dos postulados da dignidade humana, que se invista o acusado das mais amplas garantias até mesmo quando deva responder por infração penal que produz simples pena de multa e se lhe neguem garantias semelhantes quando a infração, conquanto administrativa, pode resultar em pena muito mais severa, como a perda de função pública ou a suspensão dos direitos políticos. Por isso, embora não se possa traçar uma absoluta unidade de regime jurídico, não há dúvida que alguns princípios são comuns a qualquer sistema sancionatório, seja nos ilícitos penais, seja nos administrativos, entre eles o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o 'non bis in idem', o da presunção de inocência e o da individualização da pena, aqui enfatizados pela importância que têm para a adequada compreensão da Lei de Improbidade Administrativa.

Essa compreensão se deve adotar segundo penso, em relação ao foro por prerrogativa de função. Se a Constituição tem por importante essa prerrogativa, qualquer que seja a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável em caso de condenação penal, não há como deixar de considerá-la insita no sistema punitivo da ação de improbidade, cujas consequências, relativamente ao acusado e ao cargo, são ontologicamente semelhantes e eventualmente até mais gravosas. 'Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio'. Se há, por vontade expressa do Constituinte, prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido negar tal garantia em relação às ações de improbidade, que importam, além da multa pecuniária, também a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

7. Contra esse entendimento, tem sido invocada e preconizada a interpretação literal das normas constitucionais a respeito de competência. Todavia, tal método interpretativo não é o mais adequado neste domínio. Há situações em que a interpretação ampliativa de regras de competência é uma imposição incontornável do sistema. Conforme reconhecido em boa doutrina, 'é admissível (...) uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica)', cuja adoção pode revelar 'duas hipóteses de competências implícitas complementares': as 'enquadráveis no programa normativo constitucional de uma competência explícita, e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências' e as 'necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica dos preceitos constitucionais (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional, 5a ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 6.950). No mesmo sentido, citando, inclusive, inúmeras hipóteses em que o STF adotou, para definir competências 'interpretação extensiva ou compreensiva do texto constitucional': MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, SP: Saraiva, 2007, p. 96.

(...).

Portanto, mesmo em relação às regras sobre competências jurisdicionais, os

dispositivos da Constituição comportam interpretação sistemática que permita preencher vazios e abarcar certas competências implícitas, mas inafastáveis por imperativo do próprio regime constitucional.

Em suma, o que se afirma é que, sob o ponto de vista constitucional justifica-se, com sobradas razões, a preservação da competência de foro também para ação de improbidade administrativa, entendimento que, além de fundado em boa doutrina (v.g. WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. Revista de Informação Legislativa, v. 35, n. 138, p. 215. TOJAL, Sebastião Botto de Barros; CAETANO, Flávio Crocce. Competência e Prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. IN: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende – coord. Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais, p. 399), recebeu o aval do STF, no precedente citado (QO na Pet. 3.211-0, rel. p acórdão Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008).¹⁸

Daí, neste compasso, estende-se, em defesa do mandato parlamentar, a situação de prerrogativa de foro para os parlamentares, às ações de improbidade administrativa, nas circunstâncias em que essa outorga popular reste ameaçada pelo juízo final destas demandas quando possam terminar por suprir-lhes mandatos e direitos políticos.

- VI -

Esmerou-se o constituinte em defender a higidez do mandato parlamentar, dispondo que não bastaria a sentença transitada em julgado, exigindo o veredito congressional (em algumas situações o devido processo legal em sede da Câmara ou do Senado), para que o parlamentar o perdesse, a despeito da decisão da Justiça que o suprimisse.

18. Voto em revisão. Ministro Teori Zavascki (Relator). HC número 3.240. Impetrante Ministro-chefe da Casa Civil, Eliseu Padilha. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2250863>. Acesso em 7/11/2016.

Confira-se na Constituição de 1988:

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.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

ANTONIO CARLOS DE ANDRADA E SILVA, constituinte de 1823, sustentava que a legitimidade da democracia resulta da autenticidade da representação.

Quem verificar as cartas outorgadas de 1937 e de 1969, em seus preâmbulos, verá, quanto à primeira delas:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL,

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;

ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as

condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País:

(...).

Quanto à segunda:

OS MINISTROS DA MARINHA DE GUERRA, DO EXÉRCITO E DA AERONÁUTICA MILITAR, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e

CONSIDERANDO que, nos termos do Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968, foi decretado, a partir dessa data, o recesso do Congresso Nacional;

CONSIDERANDO que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre todas as matérias, conforme o disposto no § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968;

CONSIDERANDO que a elaboração de emendas a Constituição, compreendida no processo legislativo (artigo 49, I), está na atribuição do Poder Executivo Federal;

CONSIDERANDO que a Constituição de 24 de janeiro de 1967, na sua maior parte, deve ser mantida, pelo que, salvo emendas de redação, continuam inalterados os seguintes dispositivos: artigo 1º e seus §§ 1º, 2º e 3º; artigo 2º, artigo 3º, artigo 4º e itens II, IV e V; artigo 5º; artigo 6º e seu parágrafo único; artigo 7º e seu parágrafo único; artigo 8º, eus itens I, II, III, V, VI, VII e suas alíneas a, c, e, d, VIII, IX, X, XI, XII, XV e suas alíneas a, b, c e d, XVI, XVII e suas alíneas a, d, e, f, g, h, j, l, m, n, o, p, q, r, t, u e v e § 2º; artigo 9º e seus itens I e III; artigo 10 e seus itens I, II, IV, V e alíneas a, b e c, VI, VII e suas alíneas a, b, d, e, f e g; artigo 11, seu § 1º e suas alíneas a, b e c, e seu § 2º; artigo 12 e seus itens I e II, e seus §§ 1º, 2º e 3º; artigo 13 e seus itens I, II, III e IV, e seus §§ 2º, 3º e 5º; artigo 14; artigo 15; artigo 16, seu item II e suas alíneas a e b, e seus §§ 1º e suas alíneas a e b, 3º e suas alíneas a e b, e 5º; artigo 17 e seus §§ 1º e 3º; artigo 19 e seus itens I e II, e seus §§ 1º, 2º, 4º, 5º e 6º; artigo 20 e seus itens I e III e suas alíneas a, b, c e d; artigo 21 e seus itens I, II e III;

artigo 22 e seus itens III, VI e VII, e seus §§ 1º e 4º; artigo 23; artigo 24 e seu § 7º; artigo 25 e seus itens I e II, e seus §§ 1º, alínea a, e 2º; § 3º do artigo 26; artigo 28 e seus itens I, II e III, e seu parágrafo único e alíneas a e b; artigo 30; § 3º do artigo 31; artigo 33; § 5º do artigo 34; artigo 36 e seus itens I, alíneas a e b, e II, alíneas a, b, c e d; artigo 37 e seu item I; § 2º do artigo 38; artigo 39; §§ 1º e 2º do artigo 40; § 1º do artigo 41; artigo 42 e seus itens I e II; §§ 1º e 2º do artigo 43; artigo 44, seus itens I e II, e seu parágrafo único; itens III, IV e V do artigo 45; artigo 46 e seus itens I, II, V, VII e VIII; artigo 47 e seus itens I, II, III, IV, V, VI e VIII; artigo 48; artigo 49 e seus itens I a VII; artigo 50 e seus itens I e II, e seus §§ 1º e 2º; artigo 52; artigo 53; artigo 54 e seus §§ 2º, 3º e 5º; artigo 55 e seu parágrafo único e item I; artigo 56; artigo 57 e seu parágrafo único; artigo 58 e seu item I, e seu parágrafo único; artigo 59 e seu parágrafo único; artigo 60 e seus itens I, II e III, e seu parágrafo único e alíneas a e b; artigo 61 e seus §§ 1º e 2º; §§ 4º e 5º do artigo 62; artigo 63 e seu item I e seu parágrafo único; artigo 64 e alíneas b e c de seu § 1º, e seu § 2º; §§ 1º e 5º artigo 65; artigo 67 e seu § 1º; § 4º do artigo 68; artigo 69 e seu § 2º e alíneas a, b e c; artigo 71 e seus parágrafos; artigo 72 e seus itens I, II e III; artigo 73 e seus §§ 1º, 2º, 3º e 4º, alíneas a, b, e c do § 5º, e §§ 6º, 7º e 8º; artigo 74; § 3º do artigo 76; artigo 77 e seus §§ 1º e 2º; artigo 78 e seus §§ 1º e 2º; artigo 79 caput; artigo 80; artigo 81; artigo 82; artigo 83 e seus itens I, II, III, IV, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII e XIX; artigo 84 seus itens I a VII, e seu parágrafo único; artigo 85 e seus parágrafos; artigo 87 e seus itens I, II e III; artigo 89; artigo 90 e seu § 2º; artigo 91 e alíneas a, b e c do item II e III, e parágrafo único; artigo 92 e seus §§ 1º e 2º; artigo 93 e seu parágrafo único; artigo 94 e seus §§ 1º e 3º; artigo 95 e seu § 2º; artigo 96; artigo 97 e seus itens I a IV, e seus §§ 1º a 3º; artigo 99, caput; artigo 100 e seus itens I, II e III e seu § 1º; artigo 101 e seus itens I, alíneas a e b, II, e seus §§ 1º, 2º e 3º; § 2º do artigo 102; artigo 103 e seus itens I e II, e seu parágrafo único; artigo 105 e seu parágrafo único; artigo 107 e seus itens I a V; artigo 108 e seus itens I e II e seus §§ 1º e 2º; artigo 109 e seus itens I, II e III; artigo 110 e seus itens I, II e III; artigo 111; artigo 112 e seus §§ 1º e 2º; artigo 114 e seu item I, alíneas f, g, j, l, m e n, item II, alínea c, alíneas a, b e c do item III; artigo 115 e seu parágrafo único e alíneas a, b, c e d; artigo 116 e seu § 2º; artigo 117 e seu item I, alíneas a e c, item II e parágrafo único; artigo 119 e seus itens III, IV, V, VI, VII, IX e X, e seus §§ 1º e 2º; artigo 120; artigo 121, alíneas a e b de seu § 1º, e seu § 2º; artigo 122 e seus §§ 1º,

2º e 3º; artigo 123 e seus itens I a IV, e seu parágrafo único; item II do artigo 124 e alínea b do seu item I; artigo 125; artigo 126 e seus itens I, alíneas a e b, II, III, e seus §§ 1º e 2º; artigo 127; artigo 129; artigo 130 e seus itens I a VIII; artigo 131 e seus itens I a IV; artigo 133 e seus itens, seu § 1º, alíneas a e b, e seus §§ 2º a 5º; artigo 134 e seu § 1º; artigo 135; artigo 136 e seus itens I, II, alínea b, III, IV, seu § 1º e alíneas a, b e c, e seus §§ 2º e 6º; artigo 137; § 1º do artigo 138; artigo 139; artigo 140 e seus itens I, alíneas a, b e c, e II, alíneas a e b e números 1, 2 e 3; artigo 141 e seus itens I, II e III; artigo 142 e seus §§ 1º, 2º e 3º, alíneas a, b e c do item II do artigo 144; artigo 145 e seu parágrafo único e alíneas a, b e c; artigo 149 e seus itens I, II, III, IV, V, VI e VIII; artigo 150 e seus §§ 1º a 7º, 9º e 10, 12 a 17, 19 e 20, 23 a 27, 30 a 32, 34 e 35; artigo 152 e seus itens I e II, e seus §§ 1º, 2º, alíneas a a f e 3º; artigo 153 e seu § 1º; artigo 154; artigo 155; artigo 156; itens I, II, III, IV e VI do artigo 157 e seus §§ 2º, 3º, 5º, 7º, 8º, 9º e 10; artigo 158 e seus itens I a XV e XVIII a XXI, e seu § 1º; artigo 159 e seus §§ 1º e 2º; artigo 160 e seus itens I, II e III; artigo 161 e seus §§ I a IV; artigo 162; artigo 163 e seus §§ 1º e 3º; artigo 164 e seu parágrafo único; artigo 165 e seu parágrafo único; artigo 166 e seus itens I, II e III, e seus §§ 1º e 2º; artigo 167 e seus §§ 1º, 2º e 3º; §§ 1º, 2º e 3º, seus itens I a V, do artigo 168; artigo 169 e seus §§ 1º e 2º; parágrafo único do artigo 170; artigo 171 e seu parágrafo único; e artigo 172 e seu parágrafo único;

CONSIDERANDO as emendas modificativas e supressivas que, por esta forma, são ora adotadas quanto aos demais dispositivos da Constituição, bem como as emendas aditivas que nela são introduzidas;

CONSIDERANDO que, feitas as modificações mencionadas, tôdas em caráter de Emenda, a Constituição poderá ser editada de acôrdo com o texto que adiante se publica,

PROMULGAM a seguinte Emenda à Constituição de 24 de janeiro de 1967:

(...).

Buscou certamente o parlamentar de 1988 - constituinte e legislador ordinário – preservar o protagonismo da representação popular como artifice vetorial do ordenamento jurídico, pondo-a a salvo de sua defraudação por

tiranos e ditadores, como os constituintes impróprios de 37 e 69, que se constituíam pelo arbítrio e pela força, nunca pelo que fosse legitimamente jurídico, com isto, preservando a legitimidade democrática condicionante e consequente da Constituinte de 1988.

Haja vista as sumárias cassações de mandatos parlamentares da ordem arbitrária de 1964, pelo poder ditatorial de fato, como consignado, por exemplo, na tirania da carta de 1969, o constituinte de 1988 procurou deixar a última palavra, em prol da preservação do mandato parlamentar, em mãos do Congresso Nacional.

Assim condicionou a este veredito congressional, a perda do mandato, por força de condenação criminal, dentre outras, limitando a eficácia da sentença judiciária, inclusive, a da Justiça Eleitoral.

Daí, enquanto o Código Penal dispõe - Art. 92 - *São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos* – a Constituição Federal ordena, Art. 55. *Perderá o mandato o Deputado ou Senador: VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado e explícita, pelo § 2º deste artigo 55, que, nesta hipótese, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.*

No caso dos incisos III (perda do mandato por parlamentar *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 (hipótese de parlamentar que perder ou *tiver suspensos os direitos políticos*) e V (quando a Justiça Eleitoral, nas situações previstas na Constituição, decretar a perda do mandato parlamentar), esta perda será declarada

pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Mas, quando se trata da hipótese do inciso VI (que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado) do art. 55, a lógica deve, necessariamente, ser alterada. Isso porque, se houve uma condenação criminal transitada em julgado, já houve um processo que se desenrolou perante o Poder Judiciário, sendo certo que o trânsito em julgado da decisão pressupõe que, no decorrer do processo, foi implementado o devido processo legal, e, por decorrência foram garantidos o contraditório e a ampla defesa.

Dessa forma, acerca da conduta criminosa, nada mais pode ser aferido, não podendo o Poder Judiciário, sob pena de afronta ao Princípio da Separação de Poderes que, se reclama a independência entre os Poderes, exige a atuação harmônica entre eles. Está-se diante, neste caso, do instituto da coisa julgada.

Nada obstante, a ressalva criada pelo § 2º do art. 55, que também exige a instauração do processo de cassação em casos de condenação criminal transitada em julgado, possibilita, ou mais, obriga a que seja discutido em plenário, não mais se houve o trânsito em julgado da sentença criminal, mas o tipo de crime cometido e sua relevância/gravidade. Dessa forma, visa-se preservar a atuação do Poder Legislativo, que, afinal, é composto pelos parlamentares eleitos que o integram.

Nessa esteira, terá o congressista que responder a processo de cassação pela hipótese do inciso VI do art. 55, exercendo a ampla defesa, a oportunidade de demonstrar que o crime cometido não possui gravidade com relevância tal que possa comprometer a sua atuação parlamentar. Esse é o ponto de estofa da ressalva constitucional. Mas, ainda assim, cabe a seguinte questão: afinal, que tipo de crime, estando a sentença transitada em julgado, seria grave o suficiente para ensejar a perda automática do mandato, incidindo-se o inciso IV e o § 3º, e qual acarretaria a necessidade de instauração de um processo de cassação, nos termos do inciso VI e do § 2º?

Ora, nos termos do disposto no art. 55, evidencia-se que o legislador constituinte criou uma situação específica, no sentido de que, para o parlamentar em exercício de mandato, a condenação criminal transitada em julgado não configura a perda automática dos direitos políticos e, em consequência, não importa em cassação automática do mandato.

(...).

Registre-se que a jurisprudência do STF é no sentido de que, mesmo sendo a condenação criminal transitada em julgado causa da suspensão dos direitos políticos e, também, de perda do mandato, esta não se dá de forma automática, exigindo-se seja instaurado processo de cassação e dependendo a perda do mandato de aprovação, pelo menos, da maioria absoluta da Casa respectiva (§ 2º, art. 55).¹⁹

Mas, veja-se!

É de extrema importância a questão de que trata o § 2º, do artigo 55, da Constituição a condicionar-se o mandato parlamentar mesmo à deliberação da Casa a que ele pertença e para que o parlamentar perca seu mandato em consequência de condenação criminal, pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

O Supremo Tribunal na AP 470, em princípio, pelo escor de 5 votos a 4, entendeu ser automática a perda do mandato parlamentar por condenação criminal, com base no inciso III, do artigo 15, da Constituição Federal, dispensando a validade de seu artigo 55, § 2º, em questão, que exige para a perda do mandato, a deliberação da Casa legislativa a que pertença o parlamentar, por maioria absoluta de votos e provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional assegurada ampla defesa.

19. J.J. GOMES CANOTILHO et alii. COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, páginas 1.082 e 1.083.

Mas a regra desobedecida do artigo 55, § 2º, da Constituição, em análise, terminou prevalecendo, com o voto dos ministros Barroso e Zavasky, posteriormente, em 8 de agosto de 2013.

O artigo 55, § 2º, da Constituição, exprime uma hipótese, em que o Parlamento, poder vertical da ordem constitucional, pois, o primeiro a ser constituído por ele, possa reagir em face de um arbítrio da toga, que o possa constranger, ameaçando seu livre funcionamento.

Não será errôneo entendê-lo, como extensão da competência exclusiva do Congresso Nacional, expressa no artigo 49, da Constituição e consistente em sua prerrogativa, por ele constituída, ao permitir ao Parlamento, *V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar e XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes*, enquanto a última palavra da cessação do mandato parlamentar, nos termos de seu artigo 55, seja do Poder Legislativo, como garantia contrária às ameaças ditatoriais de nosso passado, que vingaram por desrespeito precípua à liberdade dele.

- VII -

Este é um dos pontos da Constituição, em que se pode dizer e a partir da idéia parlamentarista que primeiramente a inspirara e a considerar que, neste sistema, os poderes do Estado não são independentes, mas interdependentes - e assim, uma vez absorvida a textura da Constituição de 1988, pela finalidade presidencialista, de que se veio ela se revestir finalmente -, é que foi que se inseriu no corpo constitucional esta prerrogativa do Poder Legislativo, em decidir, em última instância, pela preservação do mandato de seus membros, a despeito de condenados pelo Poder Judiciário, conseqüentemente também como forma de preservar a independência do Parlamento, com relação aos demais ramos do Poder e apesar de ser mantido com o Poder Judiciário, o juízo de direito, o que operacionalizou, finalmente, se não a interdependência entre estes Poderes, a harmoniosa atuação entre eles.

Muito embora em sede de Governo Parlamentarista, haja mesmo uma preponderância do Poder Legislativo, que o põem como vértice do Poder e isto está expresso, igualmente como reminiscência do Parlamentarismo, que se pretendia ser o sistema de governo, no Brasil, precisa mesmo ficar claro que o parlamentar, com seu destino em mãos do Judiciário, não propriamente do Supremo Tribunal Federal, que não obstante seja o órgão de cúpula do Poder Judiciário, não é uma jurisdição ordinária, mas constitucional, ficará tolhido em sua autonomia funcional.

Daí, a prerrogativa de foro haja vista o cuidado que se deve ter com a questão dele por conta de se pretender um governo parlamentarista para o Brasil.

Como ficará um mandato parlamentar, que será fonte do Poder, submisso ao Juízo da Comarca?

O constituinte pretendeu que o parlamentar pudesse exercer suas funções sem influências estranhas que não fosse o compromisso com a outorga popular.

Assim, veja-se o artigo 54 da Constituição:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

- a) *ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;*
- b) *ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades referidas no inciso I, “a”;*
- c) *patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, “a”;*
- d) *ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.*

Este artigo do **Estatuto dos Congressistas** estabelece condutas incompatíveis com a função parlamentar.

J.J. GOMES CANOTILHO *et alii*. **COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL** – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, páginas 1.078 e 1.079, comentam:

O presente dispositivo define as vedações dadas aos Deputados e Senadores, ou seja, apresenta atividades consideradas incompatíveis com a atuação parlamentar e que, portanto, são-lhes proibidas, sob pena de perda de mandato.

Entendeu o constituinte originário que tais atividades, se exercidas concomitantemente ao exercício do mandato legislativo, criariam conflito de interesses, entre, de um lado, a pessoa do parlamentar e terceiros com quem desenvolva tais empreendimentos e, de outro lado, o próprio Poder Público, mais, especificamente, o Poder Legislativo.

Sendo assim, vez que o Estatuto dos Congressistas cria o regime jurídico do parlamentar com o fito de garantir a livre e isenta atuação do Poder Legislativo, e não privilégios particulares de seus membros, estabeleceu este rol de proibições.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao se referir ao artigo 54, alínea c - *patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso*

I, "a" -, menciona que Patrocínio da causa é expressão técnico processual e se refere ao exercício do 'ius postulandi', que só cabe ao advogado, de sorte que essa incompatibilidade diz respeito ao impedimento de o congressista advogado defender interesses de constituinte seu em processo judicial contra aquelas entidades - JOSÉ AFONSO DA SILVA. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO – São Paulo: Malheiros Editores Limitada, 1999, 16ª edição, página 536 -, deixando evidente que, Percebe-se claramente que as incompatibilidades estabelecidas no dispositivo sob comento possuem, em comum, o escopo de evitar que o congressista exerça tráfico de influência, utilizando a importância que decorre do mandato legislativo que exerce, para aferir benefícios particulares, inclusive, em detrimento do interesse público, violando o princípio da igualdade.

É que o constituinte quis evitar a influência do prestígio e do poder que goza o parlamentar advogado ante o juiz humilde e no recato de sua simplicidade.

Cabe aqui, o brocardo, *da mihi facta dabo tibi ius*.

Assim, resta evidente o efeito marginal que tem o mandato parlamentar na sociedade, fato que põem o parlamentar, como privilegiado, a ponto de intervir nos negócios e na Justiça, pelo abuso de prestígio e concomitantemente, como invejado; e, pois, perseguido; pelos que o desestimem na vida e no foro, direcionando-lhes perseguições injustificadas que somente a mediocridade humana pode consentir.

Disto sua prerrogativa de foro igualmente.

- VIII -

A valer o devido processo legal – e suprimida a prerrogativa do congressista em ser julgado por infrações penais comuns no Supremo Tribunal Federal, como atualmente acontece -, passando, então, o parlamentar a ser julgado igualmente a todos os cidadãos, o feito em que ele puder ser condenado, poderá transitar por todas as instâncias ordinárias e extraordinárias, até

atingir o trânsito em julgado; que é a condição necessária para ser apenado o parlamentar faltoso, com a perda do mandato pela Casa a que ele pertença no Congresso Nacional.

Por sua vez, o processo por prerrogativa de foro, no Supremo Tribunal Federal, a lembrar a já citada menção a Maria Lúcia Karam, neste trabalho, corre em única instância, o que, em tese, pode terminar por dotá-lo de um trâmite mais rápido, do que aquele que ele teria, desde o juízo monocrático, até a instância superior.

Certo, contudo, que há punibilidades que se extinguem no Supremo Tribunal Federal, pela prescrição e por conta da pletora descomunal de feitos nele a tramitar, entretanto não se pode dizer que o mesmo e até mais facilmente também não aconteça nas instâncias ordinárias, mesmo antes que o recurso seja julgado pelo STF, porque o tempo para um feito perpassar todas as instâncias – em que igualmente há um volume descomunal de feitos a tramitar e julgar – e até que ele chegue à Superior, vindo nela ser processado, certamente, superará o quanto ele demore, apenas no Supremo, para ser definitivamente julgado, colimando apenar a responsabilidade do parlamentar faltoso e a prescrição pode ser consumada em quaisquer destas fases processuais, na instância ordinária ou na extraordinária, favorecendo a impunidade do Deputado ou do Senador faltoso.

Assim, não se pode afirmar – como fazem os proponentes da emenda constitucional em análise – que suprimida a prerrogativa de foro, no Supremo Tribunal Federal, para os parlamentares, haja melhor e mais efetiva justiça para eles e para todos; a partir das instâncias ordinárias; como não acontece atualmente no STF e porque este não tem condição de julgar todos os processos por infração penal comum contrariamente a parlamentares, que o sobrecarregam; daí, terminando o Pretório Excelso, com isto, por dar causa à prescrição das faltas destes processos, em sua jurisdição, ensejando a impunidade destes réus, que as tenham cometido.

Insista-se que o mesmo pode acontecer, se o parlamentar vier ser processado, como o cidadão comum, em qualquer das instâncias por que

possa passar o seu processo, inclusive na extraordinária, onde o feito haverá de estar, depois de passar por todos os trâmites do processo comum, restando novamente, como hoje está no Supremo Tribunal Federal, por conta da prerrogativa de foro dos parlamentares e sujeito à prescrição e à impunidade, como atualmente também se encontra a elas sujeito, apesar de que o processo venha a fluir como seja o curso dele, para qualquer cidadão, em consequência da supressão da prerrogativa de foro para eles no STF.

Conseqüentemente a prerrogativa de foro, no Supremo Tribunal Federal, para o juízo de Deputados e Senadores, pela prática, em tese, por eles, de infrações penais comuns ou por tantas outras que se ajustem à prerrogativa de foro, nos termos deste trabalho, não se trata da única sede processual, em que se possa verificar a prescrição e conseqüentemente a impunidade destes agentes públicos, por meio deste instituto e porque a extinção de punibilidade, por ele, é comum e ocorrente nos processos criminais ordinários ou eleitorais, notadamente para aqueles que dispõem de defesa competente a usar todos os recursos que o processo penal ou o eleitoral propiciam, também no Supremo Tribunal Federal, depois de passar por todas as instâncias anteriores, inclusive pela do Superior Tribunal de Justiça; porque a Justiça no geral, é muita lenta e favorece com isto a impunidade; em especialmente dos que tem acesso ao bom patrocínio advocatício, como seriam Deputados e Senadores, bafejados por condições de vida superiores ao comum dos jurisdicionados.

É errôneo afirmar que suprimida a prerrogativa de foro, no Supremo Tribunal Federal, para o julgamento de Deputados e Senadores, por infrações penais comuns, que, julgados os processos respectivos, pela jurisdição comum a toda a cidadania, na espécie, não venha ocorrer a extinção da punibilidade destes réus pela ocorrência da prescrição, de suas faltas, também nesta jurisdição, que poderá igualmente dar causa à impunidade destes parlamentares, como os proponentes de Emenda imputam fazer o Supremo Tribunal Federal.

Resume-se, contudo, a questão: se atualmente processos de parlamentares paralisam-se na sede do Supremo Tribunal Federal, pela pleora de feitos,

que torna impossibilitados seus Ministros em julgá-los, resultando quase todos em processos com a punibilidade extinta (por conta da prescrição das penas, que sancionam as faltas por eles eventualmente cometidas, haja vista a paralisação deles na instância superior); se começados esses feitos, nos juízes singulares, o tempo de permanência dessas ações no Supremo Tribunal Federal, interposto o recurso extraordinário – que pouco vai se diferenciar do quanto demora uma ação de competência originária, para ser julgada nesta sede -, vai se somar ao de trâmite dela nas instâncias ordinárias, até o seu acesso ao Pretório Excelso; e assim, pouco mudará, com relação ao cenário atual, em que se diz que Deputados e Senadores restem impunes e por conta da peculiaridade de seus processos, no Supremo Tribunal Federal, que sempre são afetados pela prescrição, restando eles quase sempre impunes e como conseqüentemente continuarão, se processados em instância ordinária e extraordinária; sem embargo de que esta impunidade possa decorrer de influências políticas possíveis, haja vista ausente a independência de fato, que fragiliza magistrados de instâncias inferiores à do STF.

A propósito é absolutamente incrível como o problema é tratado, com distorções e afirmações equívocas, quanto ao que se tornou a verdadeira coqueluche nacional, o combate à prerrogativa de foro e conseqüentemente, em sua deturpação, afirmar que saída a competência da prerrogativa de foro dos agentes públicos, especialmente dos Deputados e Senadores, do Supremo Tribunal Federal, haveríamos em ter um trâmite processual mais rápido inclusive de que o que haveria em qualquer foro especial, o qual, por sua celeridade, terminaria fluindo em tempo que jamais consagraria a prescrição das faltas processadas e conseqüentemente a impunidade de seus réus, como hoje ocorreria.

CARLOS EDUARDO DOS SANTOS LIMA (procurador regional da República, mestre em direito pela Universidade Cornell, EUA e membro da força-tarefa da Operação Lava Jato) e **DIOGO CASTOR DE MATTOS** (procurador da República em Curitiba, mestre em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná e membro da força-tarefa da Operação Lava Jato), em *TENDÊNCIAS/DEBATES*, no jornal *FOLHA DE S. PAULO*, página A3,

em 12 de novembro de 2016, sobre a prerrogativa de foro, para agentes públicos, comentam:

Não bastasse a injustiça de pessoas serem tratadas de forma desigual sem justificativa moralmente aceitável, o foro privilegiado é ineficiente. Aliás, muitos acreditam que ele existe de fato porque, sendo ineficiente torna os poderosos imunes na prática do direito penal.

Essa ineficiência é confirmada pelo ministro do STF Luís Barroso, ao afirmar que em agosto de 2016 tramitavam na Suprema Corte 369 investigações e 102 ações penais contra parlamentares.

O prazo médio para a decisão de uma denúncia é de 617 dias, enquanto que um juiz de primeiro grau decide, como regra, em menos de uma semana.

Em que local do território nacional, um juiz de primeiro grau decide, como regra, em menos de uma semana, sobre uma queixa ou denúncia?

Impossível!

Somente o maniqueísmo que infesta a Nação nesta hora também de muita precipitação pode avalizar tamanho delírio.

Moro, de fato, tira da Justiça, a morosidade.

Entretanto, cabe o que disse sobre o tema, **RUBENS GLEZER**, em matéria já referida no preâmbulo deste estudo: *Quando se pensa na extinção do foro privilegiado, tende-se a presumir que teremos centenas de operações da Polícia Federal pelo país. Todavia, a Lava Jato é uma grande exceção, pois conta com dois fatores cruciais para seu sucesso – o apoio popular e a exposição na mídia. Isso confere à operação uma proteção contra eventuais planos de desmontá-la. Dada a vastidão do país, a maioria dos juízes, não teria como contar com esse suporte nas eventuais ações penais contra vereadores, prefeitos, deputados estaduais e federais, senadores, governadores e ministros de Estados. Nesse caso, a pressão pode vir tanto dos investigados e réus como de adversários políticos que querem se valer do Judiciário a seu favor.*

Em suma, o mesmo que já dissera Victor Nunes Leal: *a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois uma garantia bilateral, contra e a favor do acusado.*

Ou o que sustenta o **MINISTRO LUIZ ROBERTO BARROSO**: *Porque o parlamentar, sobretudo no seu Estado, no seu município, pode ser perseguido. Eu gosto de brincar: Brasília é muito longe do Brasil, então não tem risco deste tipo de influência local.*

O foro por prerrogativa de função pode ser a garantia de um processo justo.

Não vê quem não quer...

Nihil novi sub solem.

Declinada a competência do foro de prerrogativa para o juízo comum, em deslocamento dele do Supremo Tribunal Federal, a cadeia temporal para processamento do feito, conservará, os setecentos dias de permanência do feito no foro excepcional e se acrescerá do quanto será necessário para o trâmite até ele; mais do quanto o feito demorará, para ser julgado no próprio Supremo Tribunal Federal.

Matéria na Folha de São Paulo²⁰ – Poder, em 06/11/2016, *Casos de foro privilegiado se arrastam por até 18 anos no Supremo* – é assertiva de que:

20. VALENTE, Rubens. CAMILA, Mattoso. MASCARENHAS, Gabriel. BRAGON, Ranier. Casos de foro privilegiado se arrastam por até 18 anos no Supremo. Jornal Folha de S. Paulo. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1829725-casos-de-foro-privilegiado-se-arrastam-por-ate-18-anos-no-supremo.shtml>>. Acesso em 16.11.2016.

Na Lava Jato, 22 casos já receberam sentença do juiz Sérgio Moro com tempo médio de um ano e seis meses.

A conta tem como ponto de partida a deflagração da operação, em março de 2014. Assim, os que estão sob condução de Moro foram cerca de cinco vezes mais rápido que os de foro privilegiado no STF – mas, nas instâncias inferiores, o réu ainda pode recorrer após a sentença.

De novo, pode não haver como combater a impunidade do Deputado e do Senador, neste novo regime em que eles perdessem a prerrogativa de foro para a Justiça comum haja vista a hipótese de evidente prescrição, pelas sucessivas instâncias pelas quais o processo pode passar, até ser definitivamente julgado.

- IX -

Quando cerca de um terço da Câmara dos Deputados está sob investigação, você pode imaginar. Muitos desses inquéritos se transformam em denúncias. O Supremo não tem condições de dar curso a tal volume de inquéritos, processos e denúncias. Criamos algumas formas de desafogar o trabalho, após o mensalão, mas o problema persiste. O foro privilegiado foi concebido para situações episódicas. Não era para se tornar esta a rotina.

É o que informa o Ministro Gilmar Mendes.²¹

ROBERTO DIAS, articulista da Folha de São Paulo - em *Supremo quem?* -, edição de quinta-feira, 20 de outubro de 2016, A2 opinião, noticiou: *Em Oxford, Luís Roberto Barroso disse: 'O Supremo não tem condições para julgar processos penais com celeridade'.*

Extraí-se de matéria desse jornal – *Inquéritos sobre políticos estão há 10 anos sem conclusão no STF* -, de segunda-feira, dia 7 de novembro de 2016, A6 poder:

21. MOURA, Marcelo. Gilmar Mendes: "A prerrogativa de foro protege a instituição, o cargo da autoridade". Disponível em <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/06/gilmar-mendes-prerrogativa-de-foro-protege-instituicao-o-cargo-da-autoridade.html>. Acesso em 16.11.2016.

Outro dos inquéritos mais longevos trata do senador Jader Barbalho (PMDB-PA) e está paralisado há quatro anos porque o STF considerou que é necessário primeiro haver uma solução sobre a discussão administrativa acerca do recolhimento de Imposto de Renda do peemedebista.

Na denúncia, a Procuradoria afirmou que, de 1997 a 2000, o parlamentar ‘utilizou-se indevidamente da redução da base de cálculo’ do imposto. O valor então cobrado foi de R\$ 2,8 milhões

Em 2012, ao mandar paralisar o caso, o Ministro Marco Aurélio ordenou também a suspensão do prazo de prescrição. Ele fez um desabafo sobre o volume de trabalho no Supremo: ‘É de notar que estão aguardando o exame do plenário, consoante revela o sítio do Supremo na internet, 791 processos. Sou relator de 162, o mais remoto liberado em 16 de outubro de 2000’.

Segundo Marco Aurélio, ‘o quadro retrata a necessidade de otimizar o tempo e conciliar celeridade e conteúdo’.

Desse mesmo trabalho jornalístico, tira-se ainda:

Em nota divulgada na sexta (4), a PGR (Procuradoria-Geral da República) afirmou que o STF e o STJ (Superior Tribunal de Justiça) ‘não foram concebidos para instruir processos desde o seu início’.

‘Estima-se que existam hoje cerca de 22 mil pessoas com prerrogativa de foro, o que parece ser um exagero. A discussão deste tema é fundamental, já que é cada vez mais forte na sociedade a ideia de que o modelo atual leva à impunidade’.

- X -

Conseqüentemente ordenam-se as premissas deste estudo, em direção à conclusão.

Primeiro. A prerrogativa de foro – que se destina a garantir o pleno exercício de uma função pública ao agente que fora incumbido dela -, não é

um privilégio ofensivo da isonomia legal, na espécie em que é assegurada a Deputados e Senadores.

Trata-se de um instrumento para equalizar partes em face da Justiça, tornando-as objetivamente isonômicas, para lhes facultar o uso de idênticas armas, de ação e reação, no exercício do contraditório e da ampla defesa processual, escoimado de preconceitos, de idiosincrasias e de desvios de finalidades do devido processo legal, que, em sede de interesse político, influem na sentença, que exprima o julgamento da causa, contra ou a favor do jurisdicionado e independentemente da sua situação, sob ótica estritamente jurídica e que, de uma forma ou de outra, quando ocorrem, sempre operam em ofensa à jurisdição autêntica, que há de ser jurídica e por isto, imparcial.

Desafetos exultam com o afastamento de seus adversos de suas funções públicas, o quanto significa o apeamento deles, das mesmas funções, que com eles disputam eleitoralmente; às vezes implicando na suspensão draconiana de seus direitos políticos, tudo isto quase sempre nas mesmas comarcas em que concorrem em face dos mesmos eleitores, exprimindo assim, o processo do parlamentar por crime comum, na comarca paroquiana, uma das facetas pela disputa do Poder.

Mandatários poderosos oprimem, por vezes, autoridades que os possam julgar nas comarcas de suas bases eleitorais – em não poucas ocasiões -, deles apaniguados em suas carreiras e assim, podem transformar seus processos em sedes de absolvições sumárias, em nítido e repulsivo abuso de Direito.

Daí, a prerrogativa de foro se estabelece em proteção do jurisdicionado, que deve ser julgado imparcialmente de acordo com o Direito; e em amparo da jurisdição, que deve ser imparcial e aplicar a Lei de forma insuspeita, sem limites e cerceios que a possam afastar da Justiça.

Segundo. Aos parlamentares é regra do Direito – consagrada no Ocidente -, a outorga de liberdades de discurso e isenção de prisão, quando no exercício do mandato, como imunidades gerais, para a garantia do pleno exercício da função e neste sentido, haja vista a linha tênue que separa suas

ações, no ofício e por causa do ofício, do que possa ser um crime comum do parlamentar, enquanto no exercício do mandato, a prerrogativa de foro, avulta como uma garantia constitucional que amparando o parlamentar intenta proteger o Parlamento.

Terceiro. A lei e a jurisprudência de nossos tribunais são tendentes a estender o benefício da prerrogativa de foro a situações analogamente semelhantes, quando agentes públicos estejam em posição de perda de mandatos ou suspensão de direitos políticos, por hipóteses não somente de crimes comuns, como, por exemplo, em casos de improbidade administrativa. Nossos legisladores, quando em face de limitações jurisprudenciais de perda de prerrogativa de foro (Súmula 394, do STF), em hipótese dos artigos 84 a 86 do Código de Processo Penal, buscam reeditar espécies legais, de sua vigência, em que pese a reconhecida inconstitucionalidade destes dispositivos do processo penal. De onde, o reconhecimento implícito em serem elas necessárias ao exercício da função.

Quarto. As cartas ditatoriais brasileiras, que resultaram outorgadas, implicando esta outorga em desrespeito à representação popular, na prática, extintivas dessa representação, demonstram que limites a prerrogativas de parlamentares convolam-se em restrições à democracia, daí advindo o cuidado que se há ter em tratar o tema.

Quinto. O constituinte conferiu à Casa Legislativa a que pertença o parlamentar condenado por crime comum, a prerrogativa em decidir pela perda de seu mandato. Advindo disto a evidência da natureza constitucional do mandato, que não se pode sujeitar a limite que não seja constitucional.

Sexto. Para o Deputado ou para o Senador, a regra constitucional da prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, não tem caráter penal, colimando punir ou abrandar ou afastar a punição do Deputado ou do Senador processado criminalmente, seu escopo é amparar a autenticidade da representação, possibilitando embora com limites próprios da necessária harmonia entre os poderes, a liberdade de atuação do parlamentar, no ofício da representação popular ou por causa dela.

Sétimo. Delegado o juízo do parlamentar para a justiça comum, haverá maior protelação temporal no processo, quanto a sua sentença transitada em julgado, porque todo o trâmite processual haverá de perpassar todas as instâncias, em tese, inclusive aquela do STF, desta maneira, aumentando-se a oportunidade de impunidade por maior chance de prescrição contrariamente ao que hoje acontece e em que, a única instância, para o crime comum do parlamentar é a do STF.

Oitavo. Em princípio, a única razão em prol da declinação da competência da prerrogativa de foro do parlamentar, para sedes diferentes, do Supremo Tribunal Federal, é aquela do estorvo que o acúmulo de processos contra estes agentes, no STF, ocasiona no Pretório Excelso, impedindo-lhe jurisdição célere e efetiva - também porque tais feitos exigem instrução probatória, que não se faz no Supremo Tribunal Federal, segundo defendem os partidários desta opinião -, fato que favorece a prescrição, dando azo à impunidade dos agentes.

- XI -

Entretanto a finalidade do STF - enquanto guardião da Constituição - é manter o respeito constitucional e, neste sentido, é a ele que competirá conferir o cumprimento do mandamento constitucional de que, *Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos*, o que somente poderá fazer se lhe for reservada a jurisdição, para os processos de questões criminais comuns destes parlamentares.

Assim, reservada a competência do Supremo Tribunal Federal, para os processos de infrações penais comuns, dos parlamentares, se na materialização e imputação delas contrariamente a Deputados e Senadores, houver violação ao artigo 53 da Constituição da República, o STF irá excluí-los da criminalidade comum, para retirá-los do universo de ilicitude punível, em consequência de seu juízo, em prol da imunidade judiciária, para tutelar o mandato parlamentar e amparar o Poder Legislativo imediatamente.

É verdade que *A imunidade material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos. Nas suas opiniões, palavras ou votos, jamais se poderá identificar, por parte do parlamentar, quaisquer dos chamados crimes de opinião ou crimes da palavra, como os crimes contra honra, incitamento ao crime, apologia de criminosos vilipêndio a culto religioso, etc., pois a imunidade material exclui o crime nos casos admitido; o fato típico deixa de ser crime, porque a norma constitucional afasta, para a hipótese a incidência de crime.*²²

Da mesma forma, não se haverá de admitir a denúncia caluniosa, se esta resultar de um caso de cumprimento do mandato pelo parlamentar *por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos* e menos verdade não será, se do pronunciamento lícito, no exercício do mandato, resultar conseqüentemente, a instauração de inquérito policial ou início de processo, contra qualquer pessoa, ficando nestas situações o parlamentar livre de processo; no qual incidiria sob a cláusula hipotética de que soubesse que o investigado ou processado pudesse ser inocente.

Até mesmo a morte de parlamentar, por ato de outro, a quem o primeiro ameaçara com arma, concomitante e contrariamente a seu pronunciamento da tribuna, há de ser considerada eventualmente, como fato abrangido pela imunidade legislativa, se antes não o fosse pela figura da legítima defesa.

Dai, a prerrogativa de foro, como competência precípua do STF, no juízo de Deputados e Senadores, por infrações penais comuns.

Impossível será ao Supremo Tribunal Federal, dizer que *Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, se não verificar em processo regular, quais são as opiniões, palavras e votos, que deve excluir da ilicitude comum e quais as conseqüências delas, pelas quais o parlamentar poderia responder, se não*

22. ALEXANDRE DE MORAIS, em DIREITO CONSTITUCIONAL – São Paulo: Atlas, 2012, 28ª edição, página 462.

fosse desta responsabilidade excluído por sua imunidade parlamentar; com o afastamento precípuo e preliminar de qualquer outra competência jurisdicional, que não seja constitucional, para decidir o caso e porque é a ele que cabe a defesa da Constituição, em primeiro lugar e, em tese, com maior celeridade, que outras instâncias, para salvaguarda das instituições nacionais, das quais o mandato parlamentar desponta como origem e vértice de toda a ordem política democrática e porque o Supremo Tribunal Federal é instância única; em tese para decidir com maior rapidez sobre o tema e a questão; poupando o parlamento do desfalque injusto de uma representação popular, que antes de ser do parlamentar, é de seus eleitores, por ele representado.

A se ver a plausibilidade do argumento, verifique-se nas cartas do fascismo brasileiro, respectivamente, nas constituições de 37 e 69, que *Só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Congresso Nacional pelas opiniões e votos que, emitirem, no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime* (artigo 43, da Carta de 37) e *Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional* (artigo 32, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969).

É inequívoca a exigüidade sulco telúrico em que viceja a imunidade parlamentar.

Se Deputados e Senadores *não estarão, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime* e se eles são invioláveis no exercício do mandato *salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional*, a imunidade deles seria uma ficção.

Por isto, é que aqui se sustenta – para que se separe o joio do trigo – o juízo das infrações penais comuns de Deputados e Senadores, por um colegiado com especialização constitucional porque estas infrações podem ser o ovo

da serpente em que se camufla a restrição ao mandato e por consequência ao Poder Legislativo, cerne do pensamento que mais avulta em importância na matriz jurídica de um Estado, a fabricação da lei.

É que para bem divisar a hipótese de quebra de imunidade, a corte constitucional, que se especializa em conhecê-la, no caso, o Supremo Tribunal Federal, precisa para bem sindicá-la e defendê-la, escoimar o processo das infrações penais comuns, estabelecendo até que ponto a infração comum, não se materializou em consequência de uma ação *propter* ou *in officium*, como um ilícito amparado pela imunidade judiciária, de que trata o **Estatuto do Congressista**.

Também não colhe acerto dizer que o processo no STF não admite instrução.

Mesmo na hipótese do processo constitucional objetivo, que é a essência da função de um Tribunal Constitucional, os fatos e a jurisdição, sobre eles, insere-se, em sua competência, apurá-los e sopesá-los em critério jurídico.

A tese da admissibilidade do ingresso dos fatos no processo objetivo aflora no campo da produção de provas, certamente também inafastável (cf. Tavares, 2001:280).

Pode-se afirmar seguramente que boa parte da doutrina refuta a ideia de que o processo objetivo esteja inexoravelmente atrelado à vedação da análise dos fatos concretos (Bittencourt, 1997: 75-7; Mendes, 1999: 493:518; Canotilho, 1993:1030; SÁCHICA, 1980:67; Häberle, 1975:12; Tavares, 2001:279-80).

Se se considerarem as demais funções de um Tribunal Constitucional para além daquela de controle das leis, facilmente se comprova essa necessidade de absorção de fatos nesse nível processual.

Assim ocorrerá no âmbito da função governativa, ou mesmo legislativa, na qual o Tribunal Constitucional poderá ingressar na denominada prognose (procurando aquilatar fatos futuros), que, normalmente, reservar-se-ia ao legislador.

*Na função arbitral a consideração de ocorrências factuais é praticamente indispensável para um bom desempenho do Tribunal de Constitucional, porque boa parte dos atritos pode surgir da atuação material de poderes’.*²³

É, pois, constitucional a adição do inciso III, no artigo 3º, da Lei número 8.038, de 28 de maio de 1990, que *Institui normas procedimentais para os processos que especifica perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal*, como operacionaliza a Lei número 12.019, de 21 de agosto de 2009, dispondo competir ao Ministro relator no STF ou no STJ, *III – convocar desembargadores de Turmas Criminais dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, bem como juízes de varas criminais da Justiça dos Estados e da Justiça Federal, pelo prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 (dois) anos, para realização do interrogatório e de outros atos de instrução, na sede do tribunal ou local onde se deva produzir o ato, entre outras finalidades, para instruir processos de questões infrações penais comuns, de parlamentares, no Supremo Tribunal Federal.*

Tanto é que o Supremo Tribunal Federal consolidou-a como tal no artigo 21-A, de seu Regimento.

Art. 21-A. Compete ao relator convocar juízes ou desembargadores para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução dos inquéritos criminais e ações penais originárias, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato, bem como definir os limites de sua atuação. § 1º Caberá ao magistrado instrutor, convocado na forma do caput: I – designar e realizar as audiências de interrogatório, inquirição de testemunhas, acareação, transação, suspensão condicional do processo, admonitórias e outras; II – requisitar testemunhas e determinar condução coercitiva, caso necessário; III – expedir e controlar o cumprimento das cartas de ordem; IV – determinar intimações e notificações; V – decidir questões incidentes durante a realização dos atos sob sua responsabilidade; VI – requisitar documentos ou informações existentes em

23. ANDRÉ RAMOS TAVARES, em TEORIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL – São Paulo: Saraiva, 2005, página 398.

bancos de dados; VII – fixar ou prorrogar prazos para a prática de atos durante a instrução; VIII – realizar inspeções judiciais; IX – requisitar, junto aos órgãos locais do Poder Judiciário, o apoio de pessoal, equipamentos e instalações adequados para os atos processuais que devam ser produzidos fora da sede do Tribunal; X – exercer outras funções que lhes sejam delegadas pelo Relator ou pelo Tribunal e relacionadas à instrução dos inquéritos criminais e das ações penais originárias. § 2º As decisões proferidas pelo magistrado instrutor, no exercício das atribuições previstas no parágrafo anterior, ficam sujeitas ao posterior controle do relator, de ofício ou mediante provocação do interessado, no prazo de cinco dias contados da ciência do ato.

Por consequência, com esta assistência de outros magistrados, que os assessorarão, nestas causas, praticando atos de instrução e desempenhando funções de produção de provas ou de condução do feito, como se estivessem em juízo comum, para prepará-lo, para julgamento, os Ministros relatores no Supremo Tribunal Federal poderão julgar os processos dos parlamentares, por infrações penais comuns, com maior celeridade, evitando a prescrição e, por conseguinte, a impunibilidade dos Deputados e Senadores, quanto a elas e preservando o foro de prerrogativa no STF, por ser ele corte constitucional, o que é uma garantia do Poder Legislativo e da Democracia.

- XII -

A prerrogativa de foro não impediu o juízo do **MENSALÃO** – o Supremo Tribunal Federal deu conta dele em satisfação à Nação, no veio deste Instituto, que não impediu sua celeridade -; entretanto quem o colocou em pauta, foi seu Presidente, o Ministro Ayres de Brito, que poemiza a Justiça, realizando-a, no marco de que, *A ausência de Lei, não é ausência de Direito, porque o Direito é maior que a Lei.*

Assim, a culminante razão da celeridade da Justiça está na autoridade do colegiado, que elegendo os casos mais significativos, coloca temas

preferencialmente em juízo, organizando a pauta da Turma ou do Tribunal.

As mais diversas razões justificam ou protelam a inclusão de um feito em pauta.

A sanha maniqueísta que quer mudar ou extinguir a prerrogativa de foro precisa igualmente saber disto.

Cabe, contudo, considerar não poder ser lógico, que os inquéritos e processos de Deputados e Senadores atravessem a pauta do Supremo Tribunal Federal.

O jornal **O ESTADO DE SÃO PAULO**, em sua secção **Política, A7**, edição de sábado, 29 de outubro de 2016, noticiou: *Supremo tem 7 mil processos para cada ministro, anunciando, Até ontem, 77.159 procedimentos haviam sido protocolados e 50.562 distribuídos aos 11 membros da Corte que também julga quem tem foro privilegiado.*

CARLOS EDUARDO DOS SANTOS LIMA (procurador regional da República, mestre em direito pela Universidade Cornell, EUA e membro da força-tarefa da Operação Lava Jato) e **DIOGO CASTOR DE MATTOS** (procurador da República em Curitiba, mestre em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná e membro da força-tarefa da Operação Lava Jato), em *TENDÊNCIAS/DEBATES*, no jornal *FOLHA DE S. PAULO*, página A3, em 12 de novembro de 2016, já referidos, neste trabalho, sobre a prerrogativa de foro, para agentes públicos, dão conta de que *em agosto de 2016 tramitavam na Suprema Corte 369 investigações e 102 ações penais contra parlamentares.*

A matéria já referida da **FOLHA DE S. PAULO - Inquéritos sobre políticos estão há 10 anos sem conclusão no STF -**, de segunda-feira, dia 7 de novembro de 2016, A6 poder, informa que *362 inquéritos estão em andamento no STF sobre autoridades com foro privilegiado, como deputados federais, ministros de Estado e do TCU.*

Então, com quem, a exatidão: seriam 369 as investigações contra Deputados e Senadores no Supremo Tribunal Federal, como dizem os

procuradores de Curitiba ou *362 inquéritos estão em andamento no STF sobre autoridades com foro privilegiado, como deputados federais, ministros de Estado e do TCU, como noticia a FOLHA?*

Serve o exemplo para reflexão do paroxismo do desequilíbrio com que a abertura da caixa de Pandora da corrupção política assola a nacionalidade.

O jornalista **Hélio Schwartzman** – em *CONVITE À PRESCRIÇÃO – FOLHA DE SÃO PAULO*, de hoje, 15 de novembro de 2016, aduz, *Há atualmente 84 ações penais contra parlamentares. Tomando como ponto de partida a abertura das investigações, o tempo médio em que esses casos dormitam nos escaninhos do Judiciário é de sete anos e oito meses.*

Cabe a pergunta, mas o que seriam uma centena de processos, na plethora de feitos que espectra o Pretório Excelso, no qual em 29 de outubro de 2016, *Até ontem, 77.159 procedimentos haviam sido protocolados e 50.562 distribuídos aos 11 membros da Corte que também julga quem tem foro privilegiado?*

Deve haver algo de estranho acontecendo conosco.

Não são os processos por prerrogativa de foro que atravancam o Supremo Tribunal Federal.

A crise do Supremo Tribunal Federal é crônica e angustia tantos quantos nós todos que vivemos a vida judiciária.

Em 1947, instalou-se o Tribunal Federal de Recursos, já para desafogar o Supremo de suas competências.

Afrânio Antônio da Costa, seu primeiro Ministro Presidente, em sua instalação, referindo-se às competências que o então Tribunal Federal de Recursos recebia do Supremo Tribunal Federal, nos idos de 47, então afirmava:

A competência originária e em grau de recurso, que lhe são atribuídas, desafoga de muito dos seus árduos trabalhos o Egrégio Supremo Tribunal Federal, ainda, entretanto, sob o peso enorme dos recursos extraordinários, do qual

*somente se aliviará quando uma firme e inabalável jurisprudência fizer cessar as interposições não compreendidas nos escritos limites do texto constitucional”.*²⁴

Quarenta anos depois – apesar da descentralização noticiada -, a crise continuava e o Supremo Tribunal Federal não vencia processar o número de feitos que recebesse e a única mudança em sua função de Tribunal Constitucional, de processo subjetivo, para a modernidade do processo constitucional objetivo, estava na Emenda Constitucional n. 16/65, que instituiu, entre nós, embora de forma canhestra, o controle de constitucionalidade em abstrato, sem que houvesse ainda a competência do Pretório Excelso, pelo Juízo constitucional das liberdades, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, o habeas data e o alargamento da ação popular.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, desconcentrou o Supremo Tribunal Federal, criando uma outra Corte Superior, na República, o Superior Tribunal de Justiça, ficando o primeiro com competência pelo controle da constitucionalidade, por meio do juízo dos instrumentos processuais, que lhe incumbe e o segundo, responsável, pela preservação da validade, higidez e uniformidade de interpretação da legislação infra constitucional, assumindo este novo tribunal, assim, parte da competência que era do Supremo Tribunal Federal, que não é pouca; sem embargo de ambos serem aquinhoados com inúmeras competências originárias.

Ainda assim permanece o Supremo Tribunal Federal congestionado com a plethora de feitos, que o consome.

Muito se tem escrito sobre a assunção de competências por processos de prerrogativa de foro, do Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal

24. Afrânio Antonio Costa em discurso na solenidade de inauguração das instalações do Tribunal Federal de Recursos, no Rio de Janeiro, em 28 de junho de 1948. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/Antecedentes/Antecedentes>. Acesso em 16.11.2016.

de Justiça, prevendo, para a hipótese, criação de novas turmas neste último; preservando-se, para o Juízo do foro das prerrogativas, a sede constitucional, colegiada e especializada, infenso às marchas e contramarchas das influências políticas; e, assim, substancialmente jurídico.

Mas nada é feito...

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 segue interpretada nas entrelinhas pelo Supremo Tribunal Federal, que muitas vezes se arvora em constituinte derivado ou mesmo ordinário.

A PEC 241 pode desnaturar o perfil de constituição social democrata da Constituição Cidadã; o Supremo afronta o princípio da inocência, inovando em sua concepção de trânsito em julgado, como causa de prisão; suspende mandatos parlamentares, sem juízo definitivo das causas e como se não valesse o artigo 55, § 2º, da Constituição; vota em que pese não definitivamente, que réus no Supremo Tribunal Federal, não podem suceder o Presidente da República, criando regra que não está no texto da Constituição.

Os que lançam simplesmente a supressão do foro por prerrogativa de função jogam uma carta como se a impunidade fosse matéria de Direito Constitucional e esquecem o quanto está em questão em uma Democracia, com isto.

Há necessidade de uma reforma política; de uma fiscal; de uma do Poder Judiciário, principalmente...

Não seria o caso de uma nova Constituinte?

A questão embora formal tem evidente foro político

Termino com **JÚLIO MESQUITA FILHO:**

- *LEMBRAI-VOS DE 37!*

Entendo que uma centena de processos por prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal ou 5 centenas de inquéritos, que nele tramitam pela

mesma razão, podem ser imediatamente julgados por ele, pela convocação de outros magistrados de sedes inferiores pelo STF e aplicando-se o artigo 21-A, de seu Regimento Interno, que diz:

Art. 21-A. Compete ao relator [no Supremo Tribunal Federal] convocar juízes ou desembargadores para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução dos inquéritos criminais e ações penais originárias, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato, bem como definir os limites de sua atuação. § 1º Caberá ao magistrado instrutor, convocado na forma do caput: I – designar e realizar as audiências de interrogatório, inquirição de testemunhas, acareação, transação, suspensão condicional do processo, admonitórias e outras; II – requisitar testemunhas e determinar condução coercitiva, caso necessário; III – expedir e controlar o cumprimento das cartas de ordem; IV – determinar intimações e notificações; V – decidir questões incidentes durante a realização dos atos sob sua responsabilidade; VI – requisitar documentos ou informações existentes em bancos de dados; VII – fixar ou prorrogar prazos para a prática de atos durante a instrução; VIII – realizar inspeções judiciais; IX – requisitar, junto aos órgãos locais do Poder Judiciário, o apoio de pessoal, equipamentos e instalações adequados para os atos processuais que devam ser produzidos fora da sede do Tribunal; X – exercer outras funções que lhes sejam delegadas pelo Relator ou pelo Tribunal e relacionadas à instrução dos inquéritos criminais e das ações penais originárias. § 2º As decisões proferidas pelo magistrado instrutor, no exercício das atribuições previstas no parágrafo anterior, ficam sujeitas ao posterior controle do relator, de ofício ou mediante provocação do interessado, no prazo de cinco dias contados da ciência do ato.

Por esta razão, peço venia para rejeitar a PEC 470, que extingue o foro por prerrogativa de função dos Deputados e Senadores.

Não obstante, ponho-me a dispor deste Sodalício, para o debate dela e das emendas que lhe foram anexadas, que estudei ponderadamente.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Post scriptum.

Terminado este trabalho, duas notícias vieram à baila, na rede mundial de computadores, que merecem comentários, entretanto, como se haverá de concluir, não influem na opinião que externo neste parecer, salvo melhor juízo consequente dos debates assembleares nesta Casa.

A primeira delas, a de que a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal votaria hoje sobre a constitucionalidade de proposta para o declínio da competência do Supremo Tribunal Federal em julgar parlamentares, a favor de outra instância.

A segunda, a que dá conta de que Por perda de foro, STF deixa de julgar $\frac{1}{4}$ dos processos²⁵, enquanto esta quota é relativa a processos instruídos no Supremo Tribunal Federal, quando são declinados para a justiça comum decidir, em consequência, da consumação do mandato de parlamentares antes processados no Pretório Excelso, enquanto no exercício dele.

Quanto à notícia de que haverá uma deliberação, nesta data, por parte do Senado Federal, este fato milita pela necessidade, tendo em vista a imediatividade e a superficialidade midiática, com que o tema está a ser tratado, de ele ser melhor e mais amplamente estudado por uma comissão de membros do Instituto dos Advogados de São Paulo, evitando-se precipitações em manifestações oficiais, porque este parecer opina sobre a PEC 470, exclusivamente, em sede da Câmara dos Deputados, como me foi passado por sua direção; muito embora tenha estudado as PEC's a ela anexadas.

Isto porque desconheço o que está sendo tratado no Senado Federal.

No que tange à segunda, obtempero que a hipótese é a de que, depois de tramitada a instrução do processo no Supremo Tribunal Federal, vindo o réu a não se reeleger, o feito é remetido, no estado em que se encontra, para a instância comum julgá-lo, como cidadão, que deixou de ser parlamentar.

25. Jornal Folha de São Paulo. <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1832447-stf-deixa-de-julgar-14-dos-processos-contra-politicos-devido-a-perda-de-foro.shtml>.

A prescrição, então, ocorreria na hipótese de a instância inferior não ter julgado o feito, quando ocorrida posterior eleição, quatro anos depois do réu não ter se reelegido, ele viesse novamente eleger-se parlamentar, circunstância em que o feito ainda não julgado na instância comum, de novo, teria curso no Supremo, que voltaria a ser competente para tanto, haja vista o foro por prerrogativa atualmente em vigor, cessada a competência da justiça comum.

Ora, a espécie é igualmente demonstrativa de que a impunidade consequente da prescrição não é um fato imputável à morosidade do Supremo Tribunal Federal, somente; mas, ao Poder Judiciário, como regra geral, pois, no raciocínio do jornalista, a instância comum nada teria decidido em quatro anos, enquanto o réu não era mais parlamentar e ele reeleito, para um novo mandato, quatro anos depois de ter perdido o primeiro, que ensejava a competência originária do Supremo, mais uma vez teria o seu processo retornado para o Pretório Excelso, onde antes estivera, depois indo para a justiça comum, retornando, reiteradamente, para a sede do juízo extraordinário, sem veredito algum da ordinária.

Enquadrada a ideia, em que medida seria possível resgatar a efetividade que culminaria no afastamento da impunidade, com a modificação da competência constitucional proposta pela Emenda Constitucional 470?

A celeuma do Judiciário associa-se à sua deficiência de operação e estrutura, que não varia, como se vê, de instância para instância.

Mais uma vez e sob essa ótica, entende-se que a solução do tema está no artigo 21-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Então, quando se volta à proposta de Luís Roberto Barroso, encampada por uma das emendas anexadas à PEC em estudo, o que se verifica é que ela em nada contribui para celeridade e efetividade em prol dos processos de parlamentares, por infrações penais comuns.

A uma, porque ao criar uma Vara com dois juízes em Brasília, um para infrações penais comuns e outro para questões atinentes a improbidade

administrativa, com recurso para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal, na medida em que ele admite a competência recursal extraordinária para a questão, o que ele está reconhecendo é que o processo irá de novo hibernar em grau extraordinário, favorecendo a hipótese de prescrição e deixando tudo no leito da impunidade, isto se a Vara especializada for célere.

A duas porque quando ele propõe que estes dois juízes especializados no tema, poderiam contar com quantos juízes auxiliares necessitassem, o que ele advoga é praticamente o que já está no artigo 21-A, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a diferença de que a criação da justiça proposta traria rito especial, ao passo que no Supremo, operacionalmente haveria melhor efetividade, porém, com a presidência de um Ministro, sem a dupla instância, em molde de curso processual já previsto em seu Regimento.

Verifica-se, por consequência, necessidade de maior e mais aprofundado estudo do tema, que em nome do Instituto dos Advogados de São Paulo se torne público, a bem da melhor solução para o país.

São Paulo, 16 de novembro de 2016.

NOTAS SOBRE O REGIME POLÍTICO BRASILEIRO: REFLEXÃO E PROPOSTAS PARA UM NOVO MODELO DE POLÍTICA PARA O BRASIL

ANDRÉ L. COSTA-CORRÊA

Professor, conferencista e consultor em direito público. Coordenador e professor convidado do Centro de Extensão Universitária (CEU) – Escola de Direito do Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Professor e Pró-Reitor de graduação do CIESA (AM). Professor e Diretor da Faculdade da Amazônia Ocidental (FAAO). Professor e pesquisador visitante na Brooklyn Law School. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP e pelo CEU. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ) – cadeira 26. Membro da União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP), da International Fiscal Association (IFA) e da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF). Associado Efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

As questões propostas pelo Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) versam sobre um dos mais importantes pilares de nosso Estado de Direito: a democracia.

O exercício da democracia está relacionado ao direito-dever de votar e de ser votado. E, portanto, de exercer o poder popular reconhecido pelo parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal brasileira para escolher seus representantes, para ser um dos representantes da sociedade perante os Poderes da República e para diretamente propor e opinar sobre as questões legislativas que lhe forem levadas à participação.

O que constitui uma comunidade é a sua forma de governo (por ser a autoridade suprema). E a “constituição” de um governo é soberana para seus cidadãos, sendo virtuosa apenas quando promover e garantir os interesses gerais para todos os seus membros. Assim, nas democracias, a soberania reside no próprio povo que, possuindo o gene da virtude social, constitui as bases da constituição de seu governo de forma democrática porque os cidadãos se veem como iguais em buscar os interesses gerais e em garantir que todos busquem os seus próprios interesses particulares.

Porém, “democracia” e “constituição” (politeia), desde os tempos clássicos, são conceitos distintos – inclusive, em alguns casos representando ideias contrapostas na medida em que aquela representava um modo

1. Para Aristóteles, a constituição era “a ordem estabelecida no Estado quanto às diferentes magistraturas, e à sua distribuição”. A constituição determinava o que é a soberania do Estado, e qual era o objetivo de cada associação política. Razão pela qual compreendia que as leis, diferentemente das normas da constituição, eram as regras pela quais os magistrados devem exercer o poder e submeter aqueles que estejam prontos a infringi-los (ARISTÓTELES, A política, Livro Quarto, Capítulo I, § 5, p. 121).

ruim de governar (ou um modelo ruim ou degenerado de república^{2 3}), enquanto que esta era a forma boa de governo; apesar de que quando contraposta a ideia de democracia a outros modelos mais autocráticos⁴ ou mais monocêntricos (como, por exemplo, a monarquia, aristocracia e

2. Aristóteles pondera que “além da democracia e da oligarquia, há ainda duas outras formas de governo, sendo uma delas conhecida de todos, e que nós compreendemos nas quatro principais: monarquia, oligarquia, democracia e aristocracia. No entanto, ainda existe uma quinta à qual se dá o nome de república, nome que também é comum a todas as outras. Mas, existindo muito raramente, escapa àqueles que empreendem a tarefa de enumerar essas diferentes formas de governo, e só contam quatro, comumente, como faz Platão nos seus dois tratados sobre essa matéria”. Afirma, ainda, que “é com razão, pois, que se dá o nome de aristocracia ao gênero de governo do qual falamos anteriormente, é a única denominação adequada para designar o Estado no qual o poder se confia aos homens mais virtuosos, se se tornar este nome no seu sentido absoluto, e não relativamente, como se faz quando se fala de pessoas de bem. Com efeito, é o único governo onde o homem de bem, no rigor da palavra, é o mesmo que o bom cidadão; ao passo que, nos outros governos, os bons cidadãos só são assim chamados de um modo relativo à constituição que os governa. No entanto, governos existem aos quais também se dá o nome de aristocracia, embora diverjam em alguns pontos dos que têm formas oligárquicas e do que se chama república. São aqueles nos quais, na escolha dos magistrados, leva-se em consideração não só a riqueza, mas ainda o merecimento pessoal e a virtude”. Para Aristóteles a república é um misto de oligarquia e de democracia, sendo que “comumente se dá o nome de república aos governos que têm certa tendência para a democracia, e o nome de aristocracia aos que mais se inclinam para a oligarquia, porque a educação e a nobreza dos sentimentos são mais comumente atributos dos ricos” (ARISTÓTELES, A política, Livro Quarto, Capítulo V, §§ 9 e 10, p. 133-134 e Capítulo VI, §2, p. 135).

3. Para Aristóteles “os governos viciados são: a tirania para a realeza, a oligarquia para a aristocracia, a democracia para a república. A tirania é uma monarquia que não tem outro objeto além do interesse do monarca; a oligarquia só enxerga o interesse dos ricos; a democracia só enxerga o dos pobres. Nenhuma desses governo se ocupa de interesse geral. Mas é preciso parar aqui algum tempo mais para dizer qual é o caráter de cada um desses governos – e essa dupla tarefa não está isenta de dificuldade. Em toda espécie de investigação, aquele que aprofunda o assunto filosoficamente, em vez de o considerar somente do ponto de vista prático, adquire o hábito de nada desprezar ou omitir, mas mostrar a verdade em tudo” (ARISTÓTELES, A política – trad. Nestor Silveira Chaves. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2009, Livro Terceiro, Capítulo IV, § 4, p. 92).

4. Segundo Bobbio “a distinção entre democracia e autocracia está fundada num critério completamente diverso, por sua vez inspirado na observação de que o poder ou ascende de baixo para o alto ou descende do alto para baixo” (BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política – trad. Marco Aurélio Nogueira. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 139).

oligarquia), a democracia passava a ser considerada como um bom modelo de governo⁵.

Então, democracia deve ser compreendida como um modelo específico de governo em que se verifica a igualdade absoluta entre os seus cidadãos e que é expresso por meio de uma “constituição” (conjunto de leis). Assim, o conceito de democracia não representa o modelo de governo onde a multidão é soberana (oclocracia), mas, sim, o modelo de governo onde o poder soberano está nas mãos dos homens livres – e que esses são a maioria dos membros de uma dada sociedade. Liberdade, inclusive, é o traço característico da democracia ⁶.

Porém, a ideia de liberdade como autonomia e como obediência à lei prescrita pelos cidadãos de um dado Estado torna-se um dos fundamentos para a utilização das Constituições como instrumento de governo democrático e para a preferencia desse regime de governo a todas as formas autocráticas de poder. Podendo-se, inclusive, afirmar que o Estado liberal é um pressuposto histórico e jurídico do Estado democrático moderno – e, também, dos modelos constitucionais de Estado.

Assim, Estado liberal e Estado democrático são interdependentes; pois o exercício de certas liberdades é fundamental para o exercício correto do poder democrático, bem como o poder democrático é necessário para garantir a existência das garantias fundamentais. E, como tais garantias fundamentais são expressas em Constituições, as Constituições são, em último grau, interdependentes com os Estados democráticos, razão pela qual é pouco provável que um Estado democrático não se configure como um Estado liberal e constitucional – tanto que, segundo Bobbio, “Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos?”. Razão pela qual o anseio

5. Nesse sentido, ver: ARISTÓTELES, A política, Livro Quarto, Capítulo II, § 2, p. 122.

6. Nesse sentido, ver: ARISTÓTELES, A política, Livro Quarto, Capítulo VI, § 4, p. 135.

7. BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia – trad. Marco Aurélio Nogueira, 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 33.

por democracia leva diretamente à necessidade de instituição de um Estado liberal constitucional.

Tal afirmação é comprovável pelos recentes protestos populares nos últimos anos em países como Egito, Líbia e outros países africanos e do Oriente Médio não democráticos porque tais sociedades demonstraram que o anseio democrático ainda é uma esperança para milhões de pessoas que vivem em regimes não democráticos no tocante à busca de modelos políticos com menos corrupção e que promovam a ampliação de direitos e garantias individuais, a institucionalização de meios democráticos de participação política e de representação e controle do poder do Estado e de seus agentes públicos. Sendo possível, inclusive, afirmar que o mundo vive hoje a transição entre a terceira e a quarta onda de democratização.

Entretanto, os recentes protestos na Ucrânia e, em especial, no Brasil evidenciam que a democracia também apresenta fortes problemas e crises – sobretudo, em razão da quebra de representação da sociedade pelos agentes políticos “ungidos” democraticamente e pela crescente onda de corrupção que invade as relações públicas nesses países. Situação que faz com que parcela da população clame por modificações nas condições e meios de exercício da democracia ou, em situações ainda mais graves, a resolução dos conflitos democráticos pela suplantação das normas constitucionais vigentes através da adoção de medidas “não democráticas” para a instauração posterior de um modelo mais democrático de Estado ou de representação política. Razão pela qual a democracia se encontra em um momento delicado – apesar de 63% da população mundial viver em regimes democráticos⁸ – porque, desde 2006, verifica-se um retrocesso democrático no mundo com

8.Segundo a Freedom House (importante Think Tank norte-americano dedicado à ampliação da liberdade no mundo) nunca o regime democrático foi tão amplo na história mundial como se observa nos anos 2000 – apesar de mais de 2 bilhões de pessoas viverem, ainda, em regimes opressivos e de ter diminuído o número de pessoas que vivem em regimes efetivamente democráticos nos últimos 08 anos.

a ruptura recente da democracia no Egito, na Líbia, Iêmen, Síria e no Iraque⁹.

Além disso, as ideias de participação dos cidadãos na condução das ações sociais (tão forte na origem do modelo democrático na Grécia antiga) e de equalização das relações entre sociedade e Estado (que possibilitou o modelo democrático norte-americano e que inspirou inúmeros Estados) vêm se transformando e possibilitando a piora das condições democráticas em muitos Estados – seja porque em muitos destes se verifica a instituição de “democracias ilusórias” (porque tais regimes legitimam verdadeiras autocracias por meio de eleições supostamente livres) ou porque a divisão político-partidária nessas sociedades faz com que o poder seja exercido em prol de apenas uma parcela da sociedade (transformando, inclusive, muitas dessas sociedades em verdadeiras oligarquias) – na medida em que tal transformação possibilita a diminuição ou exclusão de direitos ou instituições que são importantíssimas para a manutenção de democracias efetivas.

Assim, em muitos Estados democráticos, a população não se vê efetivamente representada pelos agentes públicos e pelos partidos políticos e seus membros e, também, porque se encontra distante das discussões e da condução das escolhas políticas – como, por exemplo, quando seus representantes decidem socorrer instituições financeiras e ou industriais com recursos públicos que poderiam ser utilizados para a melhoria das condições sociais de uma parcela significativa da sociedade, possibilitando àqueles, inclusive, o pagamento de bônus elevados aos seus presidentes e diretores ou a distribuição de lucros aos seus acionistas.

Outro elemento de pressão aos regimes democráticos tem sido a demonstração dada por alguns regimes não democráticos¹⁰ de que estes

9. Nesse sentido, ver: FUKUYAMA, Francis. Por que o desempenho da democracia tem sido tão ruim? – trad. Fabio Storino. *Journal of democracy em português*. São Paulo: Fundação iFHC e Centro Edelman, vol. 4, n. 02, outubro, p. 47-62, 2015, p. 48.

10. Porém, no caso chinês é importante ressaltar que o Partido Comunista chinês tem buscado oxigenar as práticas políticas e econômicas pela modificação periódica de seus quadros e líderes, o que tem possibilitado com que algumas práticas econômicas que se verificam mais em países democráticos do que não democráticos sejam promovidas na China nos últimos 20 anos.

podem possibilitar uma maior expansão e distribuição da renda em relação àqueles, mesmo que não consigam garantir ampla liberdade aos seus cidadãos (como se verifica nos regimes democráticos)¹¹. E também porque para muitos dos cidadãos dos países não democráticos a falta de democracia não é efetivamente um problema; podendo, inclusive, ser compreendida como uma medida profilática a inúmeros problemas econômicos e sociais porque aqueles compreendem que a democracia e a ampla liberdade nos Estados democráticos ocidentais levaram inúmeros países a crises institucionais nos últimos anos ¹².

Por outro lado, tão perigoso quanto Estados não democráticos no tocante às liberdades individuais são os Estados supostamente democráticos, i. e., Estados que não mantêm a substância da democracia em suas relações sociais – como, por exemplo, a Rússia, Síria, Irã, Venezuela, Bolívia e Argentina. Tais Estados são meras democracias de fachada porque seus líderes são ungidos por eleições, nem sempre livres e isentas, à condição de responsáveis pela manutenção dos valores “revolucionários” que lhes possibilitaram assumir o poder ou porque passam a ser os responsáveis pela manutenção dos valores do Estado para os quais foram eleitos. Assim, para manterem as condições políticas pelas quais foram eleitos, seus líderes sobrelevam os direitos e

11. Tais condições são observáveis em muitos países, como, por exemplo, na China – onde se verifica um amplo controle da opinião pública, a criminalização de dissentes do regime e a não garantia de liberdades e garantias fundamentais aos seus cidadãos (como, por exemplo, liberdade de expressão, de propriedade, de religião, etc.).

12. Segundo matéria publicada na revista *The Economist* (março/2014), “some chinese intellectuals have become positively boastful. Zhang Weiwei of Fudan University argues that democracy is destroying the West, and particularly America, because it institutionalises gridlock, trivialises decision-making and throws up second-rate presidents like George Bush Junior. Yu Keping of Beijing University argues that democracy makes simple things ‘overly complicated and frivolous’ and allows ‘certain sweet-talking politicians to mislead the people’. Wang Jisi, also of Beijing University, has observed that ‘many developing countries that have introduced Western values and political systems are experiencing disorder and chaos’ and that China offers an alternative model. Countries from Africa (Rwanda) to the Middle East (Dubai) to South-East Asia (Vietnam) are taking this advice seriously” (p. 48-49).

garantias fundamentais a fim de prender ou perseguir os opositores ao regime, para interferir profundamente na liberdade de imprensa a fim de distorcer a realidade para se manterem no poder e, sobretudo, para justificar a ação de políticas públicas – como, por exemplo, a nacionalização e estatização de ativos internacionais e privados, a restrição às trocas comerciais internas e externas, o controle de fluxos cambiais, etc.

Da mesma forma, tão perigoso quanto os Estados não democráticos são as tentativas de se institucionalizar a democracia por meio de intervenções militares para deposição de ditadores – como, por exemplo, o ocorrido no Iraque – ou pelo incentivo de grupos armados de oposição aos regimes não democráticos – como, por exemplo, o que se verifica atualmente na Síria. Isto porque tais práticas não possibilitam o surgimento de efetivas democracias, mas, pelo contrário, possibilitam o surgimento de grupos extremistas fortemente ditatoriais e não democráticos ou a tomada democrática do Estado por grupos organizados que procuram manter afastada a sociedade dos valores democráticos – exemplo dessa situação aconteceu recentemente no Egito quando, após a queda do ex-presidente Hosni Mubarak, houve a tomada “democrática” do poder pela Irmandade Muçumana, o que possibilitou com que a incipiente democracia egípcia se transformasse em um regime em prol dos vencedores, o que possibilitou, inclusive, a deposição do presidente eleito por um golpe militar, fazendo com que o Egito deixasse efetivamente de ser, pelo menos até o presente momento, uma efetiva democracia.

Ademais, outra evidência do colapso da democracia no mundo são os regimes democráticos que promoveram, mesmo que de forma não institucional, a formação de regimes democráticos unipartidários. Exemplos desta situação são a África do Sul (com o Congresso Nacional Africano), Argentina (com os Peronistas), o México (com o Partido Revolucionário Institucional) e a Venezuela (com o Partido Socialista Unido da Venezuela) – no caso do México, por exemplo, o PRI só não esteve na presidência do país no período entre 1928 e 2012, nos anos entre 2000 e 2012. Nestes países,

apesar da democracia poder ser exercida, ainda, com relativa participação social, o modelo democrático possibilitou com que um determinado partido fosse o responsável pela prática política. Institucionalizou-se, assim, a democracia unipartidária, posto que o partido da situação, por manter fortes vínculos com o Estado, é o principal captador de recursos para as campanhas políticas e, por consequência, passa a ser a representação política que consegue manter a maioria nos Paramentos e dos governos locais, o que promove a manutenção do partido político na condução “democrática” do poder e da sociedade nestes Estados. Tal prática possibilita, ao longo dos anos, o desaparecimento da noção popular do que seja “democracia”, possibilitando com que tais países migrem para modelos não democráticos e, por consequência, enfraqueçam as instituições democráticas e os regimes de liberdades e garantias individuais e, inclusive, possibilitem o surgimento de grupos para-democráticos que se apoderam de parcelas significativas de territórios do Estado (como, por exemplo, grupos guerrilheiros, de narcoguerrilhas, milícias, etc.).

Dessa forma, é impossível afirmar se este momento há um retrocesso efetivo para o regime democrático ou apenas um recuo momentâneo para uma ampliação das bases democráticas no mundo. Todo esse cenário possibilita a conclusão de que “existem democracias mais sólidas e menos sólidas, mais invulneráveis e mais vulneráveis; existem diversos graus de aproximação com o modelo ideal, mas mesmo a democracia mais distante do modelo não pode ser de modo algum confundida com um Estado autocrático e menos ainda com um totalitário¹³”.

Apesar dos atuais vícios democráticos em muitos países, a democracia ainda é um verdadeiro anseio para quem busca melhorias sociais e o combate às práticas ditatoriais em pleno século XXI. Sobretudo, porque ainda existe a compreensão de que o regime democrático, ao contrário dos países não democráticos, possibilita a ampliação e melhor distribuição da riqueza

13. BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia, p. 50.

entre os indivíduos, estimula a paz nas relações sociais (inclusive, pela maior tolerância entre seus membros) e promove a diminuição considerável da corrupção¹⁴. Além do que, nos Estados democráticos verifica-se uma maior esfera de liberdade (inclusive, de expressão e de sexualidade), de estímulo às escolhas individuais e de proteção à propriedade e às relações individuais dos seus membros do que nos Estados não democráticos.

Porém, se tais situações têm promovido um novo enfraquecimento dos regimes democráticos; por outro lado, têm possibilitado a atenuação de suas críticas e o surgimento de propostas para sua otimização¹⁵ - como, por exemplo, o presente estudo idealizado pelo IASP.

PRESIDENCIALISMO VERSUS PARLAMENTARISMO

Concorda-se com Philomeno J. Costa¹⁶ de que tanto o presidencialismo como o parlamentarismo apresentam bons e maus resultados em países distintos. E, também, que, apesar dos juristas apresentarem virtudes e não virtudes de ambos sistemas de governo, cabe à ciência política identificar qual o melhor sistema de governo para uma sociedade, levando em consideração, para tanto, a realidade política de uma dada sociedade – isso porque “não se coaduna com a técnica constitucional a adoção de um sistema de governo

14. Nesse sentido, Bobbio ressalta que “embora admitindo que possa estar correndo um certo risco, creio ser possível fazer uma constatação final: nenhuma guerra explodiu até agora entre Estados dirigidos por regimes democráticos. O que não quer dizer que os Estados democráticos não tenham feito guerras, mas apenas que jamais as fizeram entre si. A observação é temerária, como já reconheci, mas prefiro fazê-la e aguardar um desmentido” (BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia – trad. Marco Aurélio Nogueira, 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 50).

15. Nesse sentido, ver: BEÇAK, Rubens. Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento, p. 29.

16. COSTA, Philomeno J. Presidencialismo e parlamentarismo, in Direito constitucional: teoria geral do Estado – Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org). 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Série Doutrinas essenciais, v. 02, p. 821-846, p. 826.

pelo simplismo de se entende-lo mais virtuoso do que outro¹⁷". Por outro lado, cabe aos juristas a percuciente análise dos problemas jurídicos advindos de um ou de outro sistema de governo, a fim de encaminhar as modificações constitucionais necessárias que sejam compatíveis com as forças morais e sociais da nação.

Não obstante, concorda-se com André Franco Montoro¹⁸ de que a história não está feita; mas, sim, está sendo feita. E, portanto, que a história de nosso sistema de governo pode vir a ser alterada a qualquer tempo.

O sistema presidencialista confere, em nosso sistema constitucional e em nossa história política, ao Presidente da República poderes "imperiais" porque concentra em suas mãos uma soma de poder e de recursos que o transforma no senhor absoluto da vida pública – condições que alimentam o paternalismo, estimulam a centralização, facilitam a concessão de favores e privilégios, desestabilizam as relações político-partidárias pela promoção do multipartidarismo, enfraquecem o Parlamento e, dentre outras consequências nefastas à democracia, estimulam crises institucionais e rupturas de poder¹⁹.

Além disso, é importante mencionar que, como o presidencialismo no Brasil é de coalizão e o Parlamento apresenta papel fundamental na composição da coalizão política que confere sustentabilidade ao Poder Executivo, o Presidencialismo no Brasil se aproxima do próprio Parlamentarismo porque são pequenas as diferenças entre um sistema multipartidário parlamentar de um sistema presidencial de coalizão multipartidária – tanto que o Presidente da República compõe o Ministério levando em consideração os partidos políticos que lhe darão sustentabilidade no Parlamento; situação equivalente

17. COSTA, Philomeno J. Presidencialismo e parlamentarismo, p. 828.

18. MONTORO, André Franco. Transição política na América Latina: de regimes autoritários a democracias ainda não consolidadas, in Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 31, vol. 121, jan.-mar., 1994, p. 25-32.

19. MONTORO, André Franco. Transição política na América Latina: de regimes autoritários a democracias ainda não consolidadas, p. 27.

a exercida pelo Primeiro-Ministro para a formação de seu Gabinete²⁰. Logo, a praxe política seria pouca alterada se houvesse a alteração do sistema de Governo de presidencialista para parlamentarista no Brasil ou a implantação de um sistema presidencialista parlamentar.

Por outro lado, o Parlamentarismo tem se demonstrado, em outros países, um sistema mais propenso ao diálogo democrático e ao controle social das práticas políticas; além de possibilitar uma maior responsabilização política ao Chefe de Governo, dos membros do Parlamento e, inclusive, dos Partidos Políticos – mas, “o parlamentarismo não é o remédio milagroso, a grande panaceia para a solução dos problemas coletivos²¹” apesar de ser “(...) certamente um caminho mais democrático, participativo e responsável para a promoção do interesse público e o combate aos desmandos, às fraudes e à corrupção²²”.

Em face de ser consideravelmente mais democrático que o presidencialismo, o parlamentarismo, quando da conflagração de uma crise política, não provoca o divórcio entre o Estado e a Nação como, por vezes, o presidencialismo em uma crise institucional. Nesse sentido, o ex-presidente Tancredo Neves alertava

(...) sabemos, por dolorosa experiência, como acabam as crises do presidencialismo: na renúncia e no suicídio de presidentes, na Constituição outorgada e nos Atos Institucionais, no colapso da participação democrática, no silêncio das tribunas, nos ukases de recesso e fechamento das Casas do Congresso e na erosão dos

20. Nesse sentido, ver: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 120.

21. MONTORO, André Franco. Transição política na América Latina: de regimes autoritários a democracias ainda não consolidadas, p. 27.

22. MONTORO, André Franco. Transição política na América Latina: de regimes autoritários a democracias ainda não consolidadas, p. 27.

valores representativos, sem os quais é impossível estabelecer uma ordem democrática genuína.

(...)

No parlamentarismo, as crises não afetam as instituições, mas apenas o governo, que nelas se fortalece ou se demite, para atender as imposições do interesse nacional. Isso não acontece ao presidencialismo, no qual a crise de governo é uma ‘crise institucional’.

Por esse motivo, (...) ‘todo sistema presidencial termina sempre em regime ditatorial’.

‘O Presidente (...) para assegurar-se no poder, nas horas de crise, começa cometendo pequenas ilegalidades, atenta contra os direitos e as liberdades democráticas, censura a imprensa, restringe o habeas corpus, controla os sindicatos. E, quando esses meios não dão os resultados previstos, não hesita em rasgar a própria Constituição e implantar, através do estado de sítio ou do estado de segurança, o reinado da força. Esta é a lição dos regimes presidenciais na América do Sul²³’.

Outro ponto favorável à adoção do sistema parlamentar de governo é que este estimula o “segredo eficiente” de representação política e, por consequência, a escolha de Partidos Políticos e/ou de representantes políticos pela população que sejam clara e diretamente ligados com específicas políticas públicas. Isso se dá porque o sistema parlamentar implica necessariamente uma maior disciplina partidária do que o modelo presidencialista (e, sobretudo, no presidencialismo por coalizão) e porque

23. BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Presidencialismo e parlamentarismo? – coord. Ives Gandra da Silva Martins e Celso Ribeiro Bastos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Academia Internacional de Direito e Economia, 1993, p. 01-45, p. 41-42.

não existe um centro pessoal de poder que rivaliza com os Partidos Políticos – logo, as políticas públicas passam a representar os interesses da maioria do próprio Parlamento –, além do que os Partidos Políticos passam a representar mais os anseios nacionais do que os interesses locais dos eleitores.

Assim, o sistema parlamentar difere-se do sistema presidencialista – e, inclusive, para melhor – porque não estimula o multipartidarismo (mesmo que seja necessária uma coalizão política para a montagem do Governo e do Gabinete e que se verifique um multipartidarismo) porque o centro de Poder está no próprio Parlamento. Por outro lado, o presidencialismo implica, quase sempre, um multipartidarismo exacerbado porque o verdadeiro centro de poder não é o Parlamento – locus natural dos Partidos Políticos – mas, sim, o chefe do Poder Executivo – o qual irradia poder, independentemente da máquina partidária. Assim, como no presidencialismo o centro do poder não está no Parlamento, em “pouco tempo sobrevém o desestímulo e o desânimo na vida parlamentar com as necessárias repercussões na perda de coesão e de ideologia do lado dos partidos políticos²⁴” e, por consequência, o surgimento de novos Partidos Políticos como forma de tentar participar da coalizão política que confere sustentabilidade política ao centro do Poder – ressaltando-se, por outro lado, que muitos dos partidos políticos que participam da coalizão política no presidencialismo acabam por apenas gravitar ao núcleo do Poder, i. e., não participam ativamente das decisões políticas do Presidente da República. Razão pela qual, pode-se dizer que o sistema parlamentar de governo é pluricêntrico, i. e., o Poder encontra-se dividido entre os Partidos Políticos que fazem efetivamente parte da coalizão de Poder, o que confere uma maior estabilidade institucional do que o

24. BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Presidencialismo e parlamentarismo, p. 42.

Presidencialismo (o qual é unicêntrico, por natureza)^{25 26}.

Ainda no que se refere ao pluricentrismo de poder no Parlamentarismo, nesse sistema de governo existe uma integração entre os Poderes Legislativo e Executivo porque este é exercido por membros daquele. Assim, estabelece-se um equilíbrio em que “nenhum deles possa ter ascendência sobre o outro²⁷” porque “compartilham as funções de determinar a decisão política e de executá-la por modo legislativo, ambos sujeitos a mútuas restrições e controles, inclusive político²⁸”.

Todavia, a troca de sistema de governo pode “enfraquecer” o Governo em si e não realizar efetivamente a democracia porque tal fato requer um “grande desenvolvimento cultural do povo²⁹” – situação que não se amolda perfeitamente à situação cultural do Brasil.

Além do que, as dificuldades políticas no período de maturação do regime de governo parlamentar no Brasil poderão, em parte, reduzir a própria capacidade do Estado brasileiro de formular políticas apropriadas para o

25. Ives Gandra da Silva Martins corrobora a posição acima afirmando que no “(...) presidencialismo clássico, em que na figura de um homem só se concentra a essência do poder, torna-o mais vulnerável às tentações próprias de quem detém a força e, com o tempo, com ele se identifica, transformando aqueles que governa, não em seus superiores a quem deveria servir, mas em seus inferiores que lhe devem obedecer” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Parlamentarismo e Presidencialismo*, in *Parlamentarismo ou Presidencialismo?* – coord. Ives Gandra da Silva Martins e Celso Ribeiro Bastos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Academia Internacional de Direito e Economia, 1993, p. 94-116, p. 106).

26. Maria Garcia ressalta que o unicentrismo é exacerbado no Brasil pela origem unitária da formação do Estado brasileiro e pela elevada centralização que faz do Brasil “um Estado federal sem fundamentos federais” (ou, uma federação nominal) (GARCIA, Maria. *Presidencialismo e Parlamentarismo*, – coord. Ives Gandra da Silva Martins e Celso Ribeiro Bastos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Academia Internacional de Direito e Economia, 1993, p. 117-179p. 162).

27. GARCIA, Maria. *Presidencialismo e Parlamentarismo*, p. 137.

28. GARCIA, Maria. *Presidencialismo e Parlamentarismo*, p. 137-138.

29. COSTA, Philomeno J. da. *Presidencialismo e parlamentarismo*, p. 829.

direcionamento das ações públicas para as novas prioridades sociais que surgirão nesse período. Em parte, isso poderá ser consequência da constante desarticulação política e institucional que o Governo sofrerá a cada dissolução de Gabinete e a cada eleição antecipada por voto de desconfiança porque o Executivo Federal não mais estará representado por alguém com máxima representação democrática nacional (visto que eleito regionalmente), o que possibilitará a revisão e modificação constante das políticas públicas em curtos período de tempo – nesse sentido, inclusive, o Parlamentarismo é acusado de promover instabilidade administrativa porque os Gabinetes se sucedem, por vezes, com excessiva brevidade³⁰; além disso, deve-se ressaltar, inclusive, que o Brasil apresenta um forte histórico de descontinuidade de políticas públicas a cada troca política entre situação e oposição – o que poderá promover uma ruptura institucional visto que “a desarticulação progressiva da institucionalidade autoritária incorpora novas forças ao processo decisório, sem que já estejam em pleno funcionamento os novos mecanismos de processamento e seleção institucionalizada de interesses, ajustados às novas diretrizes políticas e aos princípios democráticos de decisão e relacionamento social³¹”.

Além desses problemas, a adoção de regime parlamentar de Governo no plano Federal implicará na modificação do sistema de governo dos demais entes federativos brasileiros (Estados, Distrito Federal e Municípios) ou na manutenção da chefia do governo no Poder Executivo, o que possibilitará com que o sistema nacional possua dois modelos de governo distintos – Parlamentar, no plano federal; Executivo não-parlamentar, nos demais planos da Federação.

Não obstante, como o regime de governo não é um princípio do Estado brasileiro, se não houver a identificação constitucional de um modelo básico

30. Nesse sentido, ver: COSTA, Philomeno J. da. Presidencialismo e parlamentarismo, p. 833.

31. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Revista de ciências sociais. Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1998, pp. 05-34, p. 09.

de sistema de governo parlamentar a ser adotado pela integralidade dos entes federativos, poder-se-á observar uma multiplicidade de sistemas parlamentares de governo no Brasil³² – cada um com suas especificidades, cada qual com suas condições *sui generis*³³. Porém, a fim de corrigir tal

32. Maria Garcia pontua que “presidencialismo e parlamentarismo são formas de organização e desenvolvimento de governo, ficando desde logo ressalvado que as duas formas se compatibilizam com a ordem federativa de Estado: tanto no regime presidencialista, quanto no parlamentarista as esferas de competência da União, dos Estados e dos Municípios (no caso brasileiro) são delimitadas na Constituição, bem como fica definida a natureza das relações entre o governo central e os governos locais” (GARCIA, Maria. *Presidencialismo e Parlamentarismo*, p. 118).

33. Comparato lembra que:

“(…) quando da introdução do sistema parlamentar de governo na esfera federal, com a Emenda n. 4, de 2 de setembro de 1961, à Constituição de 1946, determinou-se em disposição transitória que ‘as Constituições dos Estados adaptar-se-ão ao sistema parlamentar de Governo no prazo que a lei fixar, e que não poderá ser anterior ao término do mandato dos atuais Governadores’ (art. 24).

Antes disso, por ocasião da reconstitucionalização do País, em 1946, a questão da compatibilidade federativa das formas de governo foi objeto de vários litígios judiciais. As Assembleias Legislativas dos Estados do Ceará, Rio Grande do Sul e Piauí, ao votarem as respectivas Constituições, modelaram a estrutura governamental segundo o sistema parlamentar.

Na do Ceará, dispôs-se competir à Assembleia Legislativa aprovar, por maioria absoluta dos seus membros a nomeação pelo Governador dos Secretários de Estado.

Na Constituição gaúcha, estabeleceu-se que os Secretários de Estado formariam um corpo governamental – o Secretariado – chefiado por um deles, o qual deveria ele comparecer à Assembleia para apresentar o seu programa de governo. Todos os Secretários dependeriam da confiança da Assembleia, devendo demitir-se quando esta lhes fosse negada. Em contrapartida, o Governador do Estado poderia dissolver a Assembleia Legislativa, ‘a fim de apelar para o pronunciamento do eleitorado, quando o solicite o Secretariado colhido por uma moção de desconfiança’. A Constituição acrescentou que o Governador do Estado não teria responsabilidade política, cabendo esta unicamente aos Secretários de Estado, pelos assuntos relativos às respectivas pastas.

A Constituição do Piauí dispunha ser da competência da Assembleia Legislativa manifestar, quatro meses após as nomeações dos Secretários de Estado, um voto de desconfiança, o qual acarretaria a demissão destes.

Em três acórdãos sucessivos, prolatados por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal julgou tais dispositivos contrários à Constituição Federal. A argumentação foi, basicamente, a de que devendo os Estados respeitar, em suas respectivas organizações constitucionais, os princípios estabelecidos na Constituição Federal, não lhes seria possível adotar a forma parlamentar de governo, uma vez que esta

idiosincrasia, poder-se-á aplicar a prática estabelecida pelo Ato Adicional de 02.09.1961 que estabeleceu obrigação de que as Constituições estaduais

seria contrária ao princípio de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário convivem de forma reciprocamente independente e harmônica. Segundo entendeu e proclamou o Tribunal, o sistema parlamentar de governo subordinaria o Executivo ao Legislativo.

Diante desses precedentes constitucionais e jurisprudenciais, pergunta-se se a opção plebiscitária pelo parlamentarismo no plano federal não acarretaria, necessariamente, a alteração dos sistemas de governo em vigor nos Estados e Municípios.

Parece-me que não.

A disposição constante do art. 2º da vigente Constituição Federal – ‘são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário’ – está, de fato, colocada no Título I, consagrado aos ‘princípios fundamentais’, reafirmando-se, no art. 25, que ‘os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição’. Da mesma forma, no tocante aos Municípios, precisa-se que as respectivas Leis Orgânicas devem atender aos princípios estabelecidos na Constituição (art. 29).

Não é, porém, mister discutir, abstratamente, se o parlamentarismo contradiz a ideia de separação de Poderes, para se resolver a questão no plano estritamente constitucional. Com efeito, ainda que incluída entre os princípios fundamentais da Constituição de 1988, a separação de Poderes não pode ser tida como um absoluto metapositivo, mas, apenas e tão-somente, como elemento do sistema constitucional positivamente adotado. Em outras palavras, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos, nos termos do sistema constitucional no qual se inserem. É exatamente o que declara a Constituição portuguesa vigente, ao dispor que ‘os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição’ (art. 114,1).

Assim, se a Constituição Federal for emendada, a fim de se regular uma forma parlamentar de governo, nem por isso haverá contradição com o princípio enunciado no art. 2º, o qual deverá sempre ser lido e compreendido sistematicamente.

Por essa mesma razão, a adoção do parlamentarismo na esfera federal não significará contradição alguma com o sistema de governo imposto na Constituição para Estados e Municípios. Continuarão estes a manter, se o desejarem, o princípio da independência dos Poderes estatais em maior grau de pureza.

Por outro lado, bem pesadas as coisas, quando a Constituição Federal determina a eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado para mandato de quatro anos (art. 28), não está, segundo me parece, excluindo a adoção do sistema semipresidencial de governo, acima referido (n. 7). O mesmo se diga quanto ao governo municipal, à luz do disposto na norma análoga do art. 29, I” (COMPARATO, Fábio Konder. O plebiscito do art. 2º das disposições constitucionais transitórias, in *Parlamentarismo ou Presidencialismo?* – coord. Ives Gandra da Silva Martins e Celso Ribeiro Bastos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Academia Internacional de Direito e Economia, 1993, p. 803-815, p. 810-811).

adotassem o sistema parlamentar de governo, em um dado prazo, desde que não fosse anterior ao término do mandato dos Governadores eleitos e em exercício de mandato; sendo que tal exigência deverá estar contida obrigatoriamente na Constituição Federal, sob pena de garantir aos entes federativos brasileiros a manutenção do sistema de governo não-parlamentar³⁴.

Outro fator de risco à adoção do sistema de governo Parlamentar é a própria tradição presidencialista brasileira^{35 36 37}. A tradição presidencialista evidenciará que a falta de estabilidade democrática brasileira não era decorrente do presidencialismo, o que promoverá a reflexão constante sobre a necessidade de se manter um novo regime de governo. Além disso, a tradição presidencialista brasileira evidencia a dinâmica social do País – em especial, sua heterogeneidade, ambiguidade e fragilidade de referências.

Por fim, a adoção de um sistema parlamentar híbrido, com a presença do Presidente como Chefe de Estado, pode promover uma pressão adicional ao

34. Nesse sentido, ver: NOGUEIRA, Ataliba. Adaptação do sistema parlamentar de governo aos Estados, , in Direito constitucional: teoria geral do Estado – Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org). 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Série Doutrinas essenciais, v. 02, p. 781-789, p. 783.

35. Nesse sentido, ver: ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro, p. 32; BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Presidencialismo e parlamentarismo, p. 43.

36. Bastos afirma que “o que se integrou na nossa cultura como elemento alienígena, e sem raízes autóctones, é precisamente o presidencialismo apressadamente importado dos Estados Unidos com a crítica de muitos. É certo que se poderá dizer que já se passou muito tempo e que não enraizado embora à época da sua adoção, já ter-se-ia ele incorporado a nossa cultura política. Peca essa argumentação em dois pontos. Em primeiro lugar a ser assim, nunca se mudariam as instituições de um País. Se o existente é sempre o melhor, só pelo fato de já estar sendo praticado, desnecessário se torna qualquer esforço, no sentido da renovação institucional. O que se nos parece que deva ser evitada, é a inovação pela inovação, não antecedida de um cálculo razoável sobre as possíveis vantagens e desvantagens entre manter-se ou alterar-se a ordem vigente” (BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Presidencialismo e parlamentarismo, p. 27).

37. Importante mencionar que o Brasil teve no período entre 1847 a 1889 e no período entre 1961 e 1963 o sistema de governo parlamentar.

Chefe de Governo porque o Presidente, em momentos de crise institucional, poderá desejar ocupar o espaço político que cabe ao Primeiro-Ministro. Inclusive, o recente histórico presidencialista no Brasil é marcado por Presidentes egocêntricos e centralizadores, o que adiciona um grau de risco maior à existência de um modelo Parlamentar de governo.

Por todo o exposto, acredita-se que o Parlamentarismo não seja o melhor modelo de governo a ser adotado pelo Brasil – porém, reconhece-se a necessidade de que modificações sejam promovidas no sistema presidencialista brasileiro a fim de melhor promover os valores e princípios da democracia, da República e da participação e controle popular nas ações políticas.

A IMPORTÂNCIA DO VOTO

O voto deve continuar a ser obrigatório?

O exercício do voto não é apenas a expressão de uma liberdade em um Estado Democrático ou de um direito inalienável de exercer o poder e de escolher os mandatários. O voto é um dever fundamental de escolher e se responsabilizar solidariamente com o destino político da Nação, i. e., de participar ativamente nas decisões políticas que serão exercidas pelos mandatários políticos e de se comprometer com as decisões que deverão ser realizadas pelos mandatários eleitos.

O voto configura em si um ato político (porque contém uma decisão de poder) que materializa o direito público subjetivo de sufrágio. É o próprio exercício desse.

Ressalte-se, porém, que a obrigatoriedade imposta em nosso sistema constitucional pelo inciso I do §4º do art. 14 da Constituição Federal é tanto para o cadastramento eleitoral quanto para o comparecimento nos pleitos eleitorais. Não se impõe, entretanto, que os eleitores efetivamente escolham e votem em um candidato ou em um Partido Político porque se exige tão somente que aqueles depositem um voto na urna – o qual poderá ser em branco ou nulo, inclusive.

Por todo exposto, compreende-se que o cadastramento e o comparecimento para voto devem continuar a ser obrigatórios no Brasil porque nosso Estado Democrático de Direito impõe o dever de solidariedade a todos os seus membros, o qual se manifesta, também, na solidariedade quanto à responsabilidade pela escolha dos caminhos políticos para a sociedade.

Deve ser mantida a regra atual da suplência dos Senadores da República? Em caso negativo, qual fórmula adotar?

A sistemática de suplência dos Senadores difere da suplência dos demais mandatários do Poder Legislativo porque a o parágrafo 3º do art. 45 da Constituição Federal determina que “cada Senador será eleito com dois suplentes”. Assim, os suplentes dos Senadores são votados conjuntamente com os titulares; enquanto que os suplentes dos Deputados Federais, Estaduais e Vereadores são identificados pela votação popular, nas referidas eleições, na medida em que candidatos não eleitos no pleito passam a configurar lista de suplentes dos Partidos Políticos ou das referidas coligações partidárias para os referidos cargos. Os suplentes dos Senadores aproximam-se, assim, dos vices dos cargos políticos executivos – inclusive, talvez porque a eleição dos Senadores no Brasil é realizada de forma majoritária como a dos membros dos Poderes Executivos no Brasil.

Em face disso, a sistemática de suplência para os Senadores tem sido alvo de críticas por parte da sociedade. Em especial, porque, por vezes, os suplentes dos Senadores são os efetivos financiadores de campanha daqueles ou membros de sua família e, principalmente, porque são os que passam a exercer o mandato dos “candidatos eleitos”.

Compreende-se, entretanto, que não deve prosperar a crítica de que os suplentes não são escolhidos pelo voto popular e que, portanto, não se consubstancia em sua escolha a soberania do voto popular. Os suplentes dos Senadores são eleitos – e, portanto, votados – conjuntamente com esses. Não é possível, segundo a previsão constitucional vigente, eleger Senador da República no Brasil sem a eleição conjunta de 02 (dois) suplentes. Assim,

o mero desconhecimento ou o desinteresse social em conhecer os suplentes que compõem a chapa de um candidato ao Senado Federal não deslegitima a eleição daqueles e nem afasta ou macula a soberania do voto para a escolha dos mandatários políticos. Portanto, os suplentes dos Senadores são eleitos pelo voto popular, mesmo que de forma indireta porque são votados conjuntamente com os candidatos principais ao Senado (“cabeça da chapa”).

Porém, acredita-se que a escolha constitucional para a suplência dos Senadores já não mais atende aos interesses sociais de livremente escolher seus mandatários. E, por isso mesmo, não reforça o sentimento democrático em nosso sistema eleitoral porque a população quer se sentir efetivamente responsável pela indicação dos mandatários políticos, o que tem motivado a sociedade a requerer a eleição efetiva dos suplentes dos Senadores. Assim, a composição de chapa para a eleição ao Senado, acaba por deslegitimar os Suplentes perante a sociedade – como, na recente história democrática brasileira, tem deslegitimado também os vices dos cargos executivos quando os mandatários desses cargos são destituídos de seus cargos.

Em face disso, compreende-se que o modelo constitucional imposto para a suplência dos Senadores deveria ser o mesmo imposto aos demais representantes do Poder Legislativo, i. e., a ordem de escolha popular pelo voto direto, secreto e universal. Em outros termos. Deveriam ocupar a condição de suplente(s) do(s) Senador(es) eleito(s) o(s) candidato(s) não eleito(s) e mais bem votado(s) do Partido Político ou da coligação que tenha eleito o Senador – ressalte-se, inclusive, que tal prática reforçaria o caráter majoritário do voto – ou, na inexistência ou impossibilidade desse assumir o mandato, o candidato, de qualquer Partido Político ou coligação, que tenha obtido o maior número de votos na eleição.

Tal regra visa promover não apenas a escolha majoritária de votação, mas, também, a composição de uma bancada porque possibilita com que um candidato do mesmo Partido Político ou da coligação assuma o mandato em caso de suplência ou impedimento do Senador eleito. Além disso, respeita não apenas a legitimidade dos mandatários perante os eleitores, mas,

também, reforça a importância dos Partidos Políticos no sistema eleitoral, bem como reforça a ideia de que os ocupantes dos Poderes Legislativos gozam de mesma oportunidade de eleição.

SISTEMAS ELEITORAIS

Qual o Sistema Eleitoral mais adequado ao Brasil: (i) majoritário plurinominal, alcinhado de "Distritão"; (ii) majoritário uninominal simples, o distrital puro; (iii) proporcional com lista fechada; (iv) misto proporcional-distrital? Qual ou quais sistemas eleitorais melhor contribuem para a representação das minorias e para o incremento da participação política das mulheres? É possível privilegiar este objetivo em qualquer modelo que vier a ser adotado?

Primeiramente, é importante ressaltar que se concorda com Alexandre de Moraes que "o estudo dos sistemas eleitorais e sua influência sobre a representação política e sobre a estrutura e o funcionamento dos diversos e complexos sistemas políticos é inerente ao próprio estudo da Democracia³⁸" porque, conforme evidenciado por Reinhold Zippelius, "o voto dos eleitores encerra não só a manifestação da confiança pessoal nos deputados a eleger, mas simultaneamente uma decisão a favor de determinados programas políticos e de determinados elencos governativos a constituir³⁹".

Além disso, a compreensão de qual é o sistema mais adequado para o sistema democrático brasileiro decorre única e exclusivamente de considerações políticas porque tal escolha não está atrelada à forma de Estado ou ao regime de Governo – apesar de influenciar fortemente esses – porque as instituições políticas se moldam por seus sistemas eleitorais e estes são definidos por meras escolhas dos agentes políticos envolvidos.

38. MORAES, Alexandre de. *Presidencialismo*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77.

39. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado: ciência política*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 318.

Porém, segundo Alexandre de Moraes, “a adoção do sistema eleitoral deve levar em conta, além dos fatores históricos e políticos de cada país, o sistema de partidos⁴⁰”.

Pelo exposto, compreende-se que o sistema que melhor contribui para a representação das minorias, para o incremento da participação política das mulheres, para conferir maior legitimidade aos mandatários, para possibilitar a alternância de poder e o fortalecimento de maiorias e de oposições é o sistema misto que congregue uma parcela de mandatários eleita de forma majoritária uninominal e uma parcela de mandatários eleita de forma proporcional porque tal sistema aproxima os eleitores dos mandatários – ressalte-se, entretanto, que a representação das minorias e a participação das mulheres pode ser obtido, também, nos demais modelos; porém, por vezes, o sistema proporcional inviabilizará a eleição de candidatos de minorias e de mulheres porque o coeficiente eleitoral poderá beneficiar outros candidatos que não sejam mulheres ou membros de minorias – e possibilita refletir a distribuição de votos, a fim de eleger um governo. Ou seja, o melhor modelo será aquele que combine o princípio decisório da eleição majoritária com o modelo representativo da eleição proporcional, a fim de que metade dos mandatários represente os interesses diretos dos eleitores e a outra metade represente os anseios políticos da sociedade.

Além do que, o sistema misto consubstancia verdadeiramente a soberania popular porque possibilita a escolha direta do mandatário pelo voto dos eleitores, visto que nos demais sistemas busca-se a escolha indireta de mandatários na medida em que o coeficiente proporcional poderá conferir mandato a quem não obteve a preferência popular. O sistema misto evidencia, assim, a formação de governos funcionais.

Não obstante, defende-se o sistema misto (majoritário uninominal e proporcional) porque se compreende que os demais sistemas eleitorais acabam por corromper a igualdade que a Constituição Federal confere

40. MORAES, Alexandre de. Presidencialismo, p. 79.

aos votos, na medida em que os representantes eleitos passam a ser mais importantes do que os Partidos Políticos ou porque passam a não representar a escolha dos eleitores, mas, sim, apenas a força de um Partido Político. E porque nos outros sistemas, ora não mais será um candidato bem votado que será o mandatário da população, mas o Partido Político ou a Coligação Partidária que obtiver o maior número de votos; ora, porque a eleição refletirá apenas o interesse de uma minoria – não refletindo, assim, o conjunto de votos conferidos a um dado candidato em uma dada eleição.

Caso seja mantido o sistema proporcional com lista aberta, quais mudanças devem ser realizadas para aprimorá-lo?

Talvez a principal mudança a ser aplicada pelo sistema proporcional com lista aberta seja em relação ao coeficiente eleitoral e à definição dos suplentes, pois, nos últimos pleitos eleitorais para as casas legislativas, poucos são os mandatários que se elegem diretamente com seus votos; bem como, candidatos que não atingem o coeficiente eleitoral, mas que apresentam votação expressiva, acabam, por vezes, ficando fora da relação de suplentes devido à sistemática proporcional de escolhas dos mandatários. Assim, em relação ao coeficiente eleitoral, dever-se-ia se aplicar o coeficiente nacional para identificar a composição da bancada da Câmara dos Deputados; bem como, dever-se-ia aplicar para as sobras eleitorais o critério dos restos maiores ou o método Hont porque ambos possibilitam com que as minorias políticas sejam representadas de forma mais efetiva do que o método eleitoral vigente.

FINANCIAMENTO DE CAMPANHA

Qual o modelo de financiamento mais adequado à realidade brasileira: (i) exclusivamente público, (ii) exclusivamente privado ou (iii) misto (público/privado)?

Levando-se em consideração o multipartidarismo político e a as condições sociais de nosso país, bem como as pujantes e crescentes demandas sociais

e a limitada capacidade da sociedade de financiar o Estado com recursos econômicos por meio de tributos, compreende-se que o melhor modelo de financiamento das campanhas eleitorais é o sistema misto (público/privado) vigente porque esse possibilita o mínimo de igualdade de condições para os inúmeros Partidos Políticos e candidatos pelo financiamento público, sem impedir com que os candidatos e/ou os Partidos Políticos busquem outras formas de financiamento de suas ideologias e plataformas políticas. Além disso, o sistema misto não impede com que candidatos ou Partidos Políticos minoritários sejam aliados da seara política, pela inexistência de recursos financeiros, porque possibilita com que esses recebam o mínimo indispensável para a exposição de suas propostas para o eleitorado. Conferindo, portanto, igualdade de condições entre os participantes do processo político-eleitoral.

Destarte, compreende-se que o modelo plasmado no §3º do art. 17 e na alínea c do inciso VI do art. 150, ambos da Constituição Federal de 1988, de fundo partidário, de acesso “gratuito” ao rádio e a televisão aos Partidos Políticos e de não tributação do patrimônio, da renda ou dos serviços relacionados às finalidades essenciais dos partidos políticos (inclusive, suas fundações) possibilita preservar e promover, de forma adequada, o pluralismo político, a difusão e divulgação da execução dos programas partidários e a promoção de minorias sociais e políticas e da participação feminina.

Não obstante, compreende-se que a aplicação exclusiva de financiamento público das campanhas, além de aumentar a carga tributária, aumentará o fosso que distancia a situação da oposição porque quem estiver no poder terá sempre o poder da caneta e da máquina pública, enquanto os opositores deverão se contentar com minguados recursos financeiros destinados pelo Fundo Partidário.

Ressalte-se, entretanto, que a elevação constante dos custos das campanhas políticas não deve impactar na capacidade de financiamento público das campanhas eleitorais porque esse deverá possibilitar recursos mínimos e indispensáveis para a manutenção dos Partidos Políticos e para sua participação ativa nos processos eleitorais. Em outros termos. Os

recursos públicos para o financiamento de campanha não só não devem ser suficientes para a cobertura dos custos integrais dessa como não podem ser reajustados a cada pleito eleitoral de forma a estimular o gasto crescente dos Partidos e dos candidatos – na medida em que cabe aos próprios candidatos e aos seus Partidos Políticos a busca dos recursos econômicos necessários para a divulgação de suas ideologias, de sua plataforma política e dos seus representantes porque aqueles devem ser suportados principalmente por seus apoiadores e filiados.

Como solucionar ou mitigar o problema da corrupção e do caixa dois?

Talvez a principal forma de mitigação da corrupção seja a aplicação da previsão do art. 15 da Constituição Federal, i. e., a perda ou suspensão dos direitos políticos dos agentes que praticarem atos de improbidade administrativa⁴¹.

41. Importante mencionar que a Lei n. 8.429/1992 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. E que, em seu art. 9º, define que “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I- receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II- perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III- perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV- utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V- receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de

Porém, como o referido enunciado constitucional faz menção de que a perda ou suspensão dos direitos políticos na hipótese de improbidade administrativa deverá atender à previsão do §4º do art. 37 da Constituição Federal, o qual estabelece que: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Sendo que, no caso, a Lei n. 8.429/1992, com suas modificações posteriores, prevê que

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I- na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento

contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI- receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; VII- adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII- aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX- perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X- receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI- incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII- usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”.

integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II- na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III- na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Talvez, o combate à corrupção necessite com que o prazo de suspensão dos direitos políticos previstos no retro mencionado dispositivo seja ampliado de forma a “equipar” tal conduta a crimes hediondos, passando a pena máxima de perda ou suspensão dos direitos políticos de 10 (dez) para 30 (trinta) anos e a pena mínima de 03 (três) para 06 (seis) anos – sem falar na majoração das penas criminais previstas no art. 333 do Código Penal, que deveriam sofrer as mesmas graduações temporais aplicadas aos crimes hediondos, i. e., deveria ter a pena mínima majorada para 06 (seis) anos e a máxima para 30 (trinta) anos. Além disso, os referidos crimes deveriam ser inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia – devendo tal previsão ser incorporada ao rol das garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, a fim de converter tal restrição em cláusula pétrea por força da previsão do §4º de seu art. 60.

Não obstante, compreende-se que as previsões da Lei n. 12.846/2013 – que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública – são satisfatórias para o efetivo combate à corrupção, no que diz respeito às práticas de corrupção a serem promovidas por pessoas jurídicas.

No tocante à mitigação do caixa dois em campanhas eleitorais, acredita-se que há necessidade não apenas de se majorar as penas previstas na legislação eleitoral⁴², mas, também, de incorporar tal prática às hipóteses previstas no art. 15 da Constituição Federal para a perda ou suspensão dos direitos políticos dos responsáveis pela prática delituosa e dos beneficiados dessas ilicitudes – sendo que, no caso, pelo gravíssimo potencial lesivo à democracia, dever-se-á aplicar as mesmas considerações previstas anteriormente, i. e., aplicação de penas de suspensão dos direitos políticos entre 06 (seis) a 30 (trinta) anos aos

42. O Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965, com suas modificações posteriores) estabelece em seu art. 350 que “omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais” é crime eleitoral passível de “reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa, se o documento é particular.

responsáveis e beneficiários, imposição do caráter imprescritível, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia às penas e incorporação dessa previsão no rol das garantias constitucionais do art. 5º da Constituição Federal.

Além disso, acredita-se que os Partidos Políticos também devam ser responsabilizados pela prática de caixa dois em campanhas políticas de seus candidatos. Sendo que a punição aos Partidos Políticos poder-se-ia ser pela simples aplicação de multa, pela suspensão da participação no Fundo Partidário, pela retenção de proporção dos valores a si destinados pelo Fundo Partidário – como, por exemplo, a perda do equivalente ao dobro do valor não declarado – ou pela perda do acesso gratuito ao rádio e à televisão. Podendo-se, inclusive, em caso de reincidência, ser cancelado o registro civil do Partido Político – entretanto, tais hipóteses deverão ser previstas em legislação, visto que a legislação eleitoral vigente não aplica tais penalidade aos Partidos Políticos em caso de constatação de caixa dois.

Por fim, é importante ressaltar que se há alguma solução eficaz para este dilema, somente o medo e a certeza da punição dos atos de corrupção é o que verdadeiramente diminuirá a corrupção em nossa sociedade – ressaltando-se que a punição exemplar não pode e nem deve ser exemplo de ruptura do processo de responsabilização dos culpados ou uma justificativa para a violação dos mais fundamentais direitos dos acusados de corrupção.

Pessoas jurídicas devem ser autorizadas a doar? Em caso positivo, deve haver outras restrições, além das já previstas em lei, para a doação por pessoas jurídicas?

Aparentemente tal discussão foi superada pela decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 4.650 (Rel. Min. Luiz Fux), visto que o egrégio Tribunal decidiu, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, julgar procedente em parte o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais – vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes,

que davam interpretação conforme, nos termos do voto ora reajustado do Ministro Teori Zavascki. E, sobretudo, porque o referido Tribunal rejeitou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por não ter alcançado o número de votos exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/99 – razão pela qual a referida decisão passou a ser aplicável às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão.

Ressalte-se, que o referido Acórdão foi prolatado com a seguinte ementa:

EMENTA : DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MODELO NORMATIVO VIGENTE DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. LEI DAS ELEIÇÕES, ARTS. 23, §1º, INCISOS I e II, 24 E 81, CAPUT E § 1º. LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS, ARTS. 31, 38, INCISO III, E 39, CAPUT E §5º. CRITÉRIOS DE DOAÇÕES PARA PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS E PARA O USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. PEDIDOS DE DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO (ITENS E.1.e E.2). SENTENÇA DE PERFIL ADITIVO (ITEM E.5). TÉCNICA DE DECISÃO AMPLAMENTE UTILIZADA POR CORTES CONSTITUCIONAIS. ATUAÇÃO NORMATIVA SUBSIDIÁRIA E EXCEPCIONAL DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, SOMENTE SE LEGITIMANDO EM CASO DE INERTIA DELIBERANDI DO CONGRESSO NACIONAL PARA REGULAR A MATÉRIA APÓS O TRANSCURSO DE PRAZO RAZOÁVEL (IN CASU, DE DEZOITO MESES). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÕES QUE VEICULAM ULTRAJE À LEI FUNDAMENTAL POR AÇÃO, E NÃO POR OMISSÃO. MÉRITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE ADI E DE ADI POR OMISSÃO EM UMA ÚNICA DEMANDA DE CONTROLE CONCENTRADO DE

CONSTITUCIONALIDADE. VIABILIDADE PROCESSUAL. PREMISSAS TEÓRICAS. POSTURA PARTICULARISTA E EXPANSIVA DA SUPREMA CORTE NA SALVAGUARDA DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS. SENSIBILIDADE DA MATÉRIA, AFETA QUE É AO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL. AUTOINTERESSE DOS AGENTES POLÍTICOS. AUSÊNCIA DE MODELO CONSTITUCIONAL CERRADO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS. CONSTITUIÇÃO-MOLDURA. NORMAS FUNDAMENTAIS LIMITADORAS DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO ENCERRA O DEBATE CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA. MÉRITO. DOAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO (2% DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO ANTERIOR À ELEIÇÃO). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CAPTURA DO PROCESSO POLÍTICO PELO PODER ECONÔMICO. “PLUTOCRATIZAÇÃO” DO PRÉLIO ELEITORAL. LIMITES DE DOAÇÃO POR NATURAIS E USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. COMPATIBILIDADE MATERIAL COM OS CÂNONES DEMOCRÁTICO, REPUBLICANO E DA IGUALDADE POLÍTICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. 2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível,

impõe uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria.

3. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de normas fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos.

4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes.

5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.

6. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte destinado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder

Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil). 7. Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afigura assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “plutocratização” do processo político. 8. O princípio da liberdade de expressão assume, no aspecto político, uma dimensão instrumental ou acessória, no sentido de estimular a ampliação do debate público, de sorte a permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos. 9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano. 10. O telos subjacente ao art. 24, da Lei das Eleições, que elenca um rol de entidades da sociedade civil que estão proibidas de financiarem campanhas eleitorais, destina-se a bloquear a formação de relações e alianças promíscuas e não republicanas entre aludidas instituições e o Poder Público, de maneira que a não extensão desses mesmos critérios às demais pessoas jurídicas evidencia desequiparação desprovida de qualquer fundamento constitucional idôneo. 11. Os critérios normativos vigentes relativos à doação a campanhas eleitorais feitas por pessoas naturais, bem como o uso próprio de recursos pelos próprios candidatos, não vulneram os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política. 12. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ostenta legitimidade ad causam universal para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, ex vi do art. 103, VII, da Constituição da República, prescindindo, assim, da demonstração de pertinência temática para com o conteúdo material do ato normativo impugnado. 13. As disposições

normativas adversadas constantes das Leis nº 9.096/95 e nº 9.504/97 revelam-se aptas a figurar como objeto no controle concentrado de constitucionalidade, porquanto primárias, gerais, autônomas e abstratas. 14. A “possibilidade jurídica do pedido”, a despeito das dificuldades teóricas de pertinência técnica (i.e., a natureza de exame que ela envolve se confunde, na maior parte das vezes, com o próprio mérito da pretensão) requer apenas que a pretensão deduzida pelo autor não seja expressamente vedada pela ordem jurídica. Consectariamente, um pedido juridicamente impossível é uma postulação categoricamente vedada pela ordem jurídica. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 394). 15. In casu, a) Os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2”, primeira parte, objetivam apenas e tão somente que o Tribunal se limite a retirar do âmbito de incidência das normas impugnadas a aplicação reputada como inconstitucional, sem, com isso, proceder à alteração de seu programa normativo. b) Trata-se, a toda evidência, de pedido de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, cuja existência e possibilidade são reconhecidas pela dogmática constitucional brasileira, pela própria legislação de regência das ações diretas (art. 28, § único, Lei nº 9.868/99) e, ainda, pela práxis deste Supremo Tribunal Federal (ver, por todos, ADI nº 491/AM, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 25.10.1991). c) Destarte, os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2” são comuns e naturais em qualquer processo de controle abstrato de constitucionalidade, razão por que a exordial não veicula qualquer pretensão expressamente vedada pela ordem jurídica. d) O pedido aduzido no item “e.5” não revela qualquer impossibilidade que nos autorize a, de plano, reconhecer sua inviabilidade, máxime porque o Requerente simplesmente postula que a Corte profira uma “sentença aditiva de princípio” ou “sentença-delegação” ,

técnica de decisão comumente empregada em Cortes Constitucionais algures, notadamente a italiana, de ordem a instar o legislador a disciplinar a matéria, bem assim a delinear, concomitantemente, diretrizes que devem ser por ele observadas quando da elaboração da norma, exurgindo como método decisório necessário em casos em que o debate é travado nos limites do direito posto e do direito a ser criado. 16. Ademais, a atuação normativa do Tribunal Superior Eleitoral seria apenas subsidiária e excepcional, somente se legitimando em caso de inércia deliberandi do Congresso Nacional para regular a matéria após o transcurso de prazo razoável (in casu, de dezoito meses), incapaz, bem por isso, de afastar a prerrogativa de o Parlamento, quando e se quisesse, instituir uma nova disciplina de financiamento de campanhas, em razão de a temática encerrar uma preferência de lei. 17. A preliminar de inadequação da via eleita não merece acolhida, visto que todas as impugnações veiculadas pelo Requerente (i.e., autorização por doações por pessoas jurídicas ou fixação de limites às doações por pessoas naturais) evidenciam que o ultraje à Lei Fundamental é comissivo, e não omissivo. 18. A cumulação simples de pedidos típicos de ADI e de ADI por omissão é processualmente cabível em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual civil (CPC, art. 292). 19. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e “e jurídicas”, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95.

Todavia, compreende-se que, apesar de prejudicada a resposta à pergunta, cabem algumas considerações.

Compreende-se que o capital privado não é o responsável pelas mazelas políticas nacionais e sim os desvios éticos dos membros da sociedade – tanto no campo público, quanto no privado –, bem como que a falta de legitimidade política no Brasil é decorrência do viciado sistema de escolha dos representantes políticos (onde nem sempre o mais votado é eleito); da falta de responsabilidade dos governantes em relação às promessas de campanha e aos seus atos políticos; da promoção da “lei de Gérson” e, principalmente, pela confirmação social de que, por vezes, o ilícito deve ser perdoado na ilusão de que o político “roubou, mas fez”.

Além disso, como o Estado moderno é incapaz de ser o único responsável pela produção de bens e serviços (mesmo nas sociedades socialistas, como a chinesa), as empresas privadas continuarão a orbitar o Estado por meio dos contratos de autorização e/ou concessão pública e, sobretudo, para suprir as necessidades estatais de aquisição de bens e serviços. Dessa forma, empresas privadas que conduzam suas atividades de forma não ética poderão influenciar nas escolhas públicas por meio da corrupção.

Por outro lado, “satanizar” o capital privado no processo democrático somente atende aos interesses ideológicos daqueles que acreditam que o capital é ruim, de que ele corrompe os mais legítimos interesses sociais; de que o público deve substituir o privado; de que a sociedade deve buscar sempre a sua purificação na socialização das relações econômicas e políticas; e de que o público é sempre melhor do que o privado.

Querer afastar o capital privado do processo político é identificar um falso culpado pela realidade política e social brasileira.

Além do que, tal afastamento pode interferir, ainda, diretamente no equilíbrio democrático estabelecido pela Constituição de 1988 e promover uma tecnocracia prejudicial à nossa frágil democracia, por inverter a lógica republicana para beneficiar exclusivamente os que estão hoje no poder.

Razão pela qual, mantém-se o convencimento de que é sempre melhor suportar um capitalismo político selvagem que leve a uma plutocracia do que uma demagógica oligarquia tecnocrata que mantenha uma cleptocracia tirânica.

Deve ser fixado limite total para arrecadação e despesa das campanhas eleitorais? Em caso positivo, como estipular este limite?

Tomando-se como valores fundamentais de nosso sistema eleitoral a pluralidade política e a concessão de um padrão mínimo de igualdade de condições para a busca dos votos, bem como a previsão constitucional de que os Partidos Políticos serão, em parte, financiados por recursos de um fundo partidário e por doações de pessoas físicas e jurídicas⁴³ (nos termos do art. 39 da Lei n. 9.096/1995, com suas modificações posteriores) e que cabe à lei complementar criar mecanismos de combate à influência e o abuso do poder econômico nos pleitos eleitorais – conforme previsão do §3º do art. 17 e §9º do art. 14 ambos da Lei Magna –, compreende-se que é impossível consubstanciar a justiça, enquanto objetivo fundamental da República Federativa brasileira, sem que haja a fixação de um teto para arrecadação e despesa nas campanhas eleitorais.

Além disso, a não fixação de um teto para arrecadação de doações de pessoas físicas e jurídicas acaba por descaracterizar o padrão mínimo de igualdade de condições para a busca dos votos que o fundo partidário constitucional procurou viabilizar. Além do que, a inexistência de um teto para arrecadação e gastos de campanhas interfere diretamente na própria legitimidade e normalidade dos pleitos eleitorais porque promove a influência e o abuso do poder econômico do processo eleitoral.

Quanto ao limite à arrecadação dos Partidos Políticos, preliminarmente é importante mencionar que a Lei n. 9.096/1995 estipula que o Fundo Especial

43. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn n. 4.650 compreendeu que o art. 39 da Lei n. 9.096/1995 deveria ser interpretado com redução parcial de texto a fim de compreender que como inconstitucional a doação de pessoas jurídicas aos Partidos Políticos.

de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) será constituído por: I- multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e das lei conexas; II- recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual; III- doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário; IV- dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.

Assim, compreende-se que os partidos políticos poderiam, de forma razoável, arrecadar o equivalente ao dobro da dotação orçamentária prevista para a constituição do Fundo Partidário. i. e., o equivalente a setenta centavos de real, em valores de agosto de 1995.

Dessa forma, garantir-se-ia o equilíbrio de oportunidades entre os Partidos Políticos porque não haveria a possibilidade de gastos ilimitados e de ilimitadas doações, visto que o teto estabelecido possibilitaria com que houvesse uma razoável captação de recursos na sociedade a fim de impedir com que um determinado partido político obtivesse recursos privados em valores muito superiores aos demais partidos políticos e, por consequência, promovesse gastos mais elevados em suas campanhas políticas. O referido teto seria, portanto, um mecanismo eficaz e necessário para combater o abuso do poder econômico nos pleitos eleitorais.

E no tocante aos gastos dos candidatos, compreende-se que também é necessário se fixar um teto para as campanhas individuais a fim de se consubstanciar a vedação constitucional à prática de abuso do poder econômico, na medida em que o abuso econômico pode se dar tanto na esfera coletiva (nos gastos dos partidos políticos) quanto na esfera individual (nos gastos de campanha do candidato). Porém, o limite individual deveria ser o do valor do Fundo Partidário, i. e., um terço do valor possível de ser gasto por um Partido Político.

Como pode ser ampliada a transparência ao eleitor e à sociedade quanto à arrecadação e despesa das campanhas eleitorais?

A Lei n. 9.096/1995, com suas modificações posteriores, prevê que os Partidos Políticos (através de seus órgãos nacionais, regionais e municipais) devem manter escrituração contábil, de forma a permitir o conhecimento da origem de suas receitas e a destinação de suas despesas (art. 30). Prevendo, ainda, que os Partidos Políticos deverão enviar, anualmente, à Justiça Eleitoral, o balanço contábil do exercício findo, até o dia 30 de abril do ano seguinte (art. 32); sendo que o cabe à Justiça Eleitoral a publicação dos balanços na imprensa oficial e, onde ela não exista, ou publicização desses por meio de afixação dos balanços no Cartório Eleitoral (art. 32, §2º). Determinando, também, que os balanços dos Partidos Políticos contenham, dentre outros itens: I- discriminação dos valores e destinação dos recursos oriundos do Fundo Partidário; II- origem e valor das contribuições e doações; III- despesas de caráter eleitoral, com a especificação e comprovação dos gastos com programas no rádio e televisão, comitês, propaganda, publicações, comícios e demais atividades de campanha; e IV- discriminação detalhada das receitas e despesas (art. 33). Não obstante, os Partidos Políticos devem apresentar à Justiça Eleitoral, para fiscalização das prestações de conta e das despesas de campanha eleitoral, relatório financeiro (com documentação que comprove a entrada e saída de dinheiro ou de bens recebidos e aplicados), bem como devem, obrigatoriamente, conservar, pelo prazo não inferior de 05 (cinco) anos, a documentação comprobatória de suas prestações de contas (art. 34, III e IV).

Em face disso, a transparência ao eleitor e à sociedade quanto à arrecadação e despesa das campanhas eleitorais pode ser ampliada pela obrigatoriedade de que os balanços dos Partidos Políticos e das campanhas políticas sejam publicados em jornal de grande circulação e nas páginas de internet dos Partidos Políticos, bem como que as doações e despesas de campanhas sejam contabilizadas e disponibilizadas ao público não apenas no balanço do Partido Político, mas em balancetes, os quais deverão ser disponibilizados, em tempo real (em prazo não superior a 24 horas), pelos

comitês de campanha dos Candidatos em páginas eletrônicas. Bem como, por exemplo, pela obrigatoriedade que os balanços dos Partidos Políticos sejam auditados por empresas independentes, nos mesmos termos e condições legais impostas às pessoas jurídicas.

PARTIDOS POLÍTICOS

Deve ser adotada cláusula de barreira ou de acesso para redução do número de partidos políticos? Em caso positivo, qual deve ser seu escopo e como deve ser implantada?

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn 1.351 (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29.06.2007) e da ADIn 1.354 (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29.06.2007), por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei n. 9.096/1995: art. 13; a expressão “obedecendo as seguintes critérios”, contida na cabeça do art. 41; incisos I e II do mesmo art. 41; artigo 48; a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”, contida na cabeça do artigo 49, com redução de texto; cabeça dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito; e a expressão “no art. 13”, constante no inciso II do artigo 56⁴⁴. Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal compreendeu como inconstitucional a previsão de que o Fundo Partidário deveria ser dividido entre os Partidos Políticos levando-se em consideração o seu registro e a proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

44. O referido Acórdão teve a seguinte Ementa:

PARTIDO POLÍTICO – FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR – PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA – FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário.

NORMATIZAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE – VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional.

Em outra quadra, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn 5.105 (Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.10.2015), por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei n. 12.875/2013. Nesse julgamento, restou o Acórdão com a seguinte Ementa

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. DIREITO DE ANTENA E DE ACESSO AOS RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO ÀS NOVAS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS CRIADAS APÓS A REALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES. REVERSÃO LEGISLATIVA À EXEGESE ESPECÍFICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIs 4490 E 4795, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 47, § 2º, II, DA LEI DAS ELEIÇÕES, A FIM DE SALVAGUARDAR AOS PARTIDOS NOVOS, CRIADOS APÓS A REALIZAÇÃO DO PLEITO PARA A CÂMARA DOS DEPUTADOS, O DIREITO DE ACESSO PROPORCIONAL AOS DOIS TERÇOS DO TEMPO DESTINADO À PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO. LEI Nº 12.875/2013. TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. JUSTIFICATIVAS DESCRITIVAS E NORMATIVAS. PRECEDENTES DA CORTE CHANCELANDO REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS (ANÁLISE DESCRITIVA). AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE DETENHA O MONOPÓLIO DO SENTIDO E DO ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA PELO CONSTITUINTE REFORMADOR OU PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE AS INSTÂNCIAS POLÍTICAS AUTOCORRIGIREM-SE. NECESSIDADE DE A CORTE ENFRENTAR A DISCUSSÃO JURÍDICA SUB JUDICE À LUZ DE NOVOS

FUNDAMENTOS. PLURALISMO DOS INTÉRPRETES DA LEI FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES. ESTÍMULO À ADOÇÃO DE POSTURAS RESPONSÁVEIS PELOS LEGISLADORES. STANDARDS DE ATUAÇÃO DA CORTE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS DESAFIADORAS DA JURISPRUDÊNCIA RECLAMAM MAIOR DEFERÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL, PODENDO SER INVALIDADAS SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ULTRAJE AOS LIMITES INSCULPIDOS NO ART. 60, CRFB/88. LEIS ORDINÁRIAS QUE COLIDAM FRONTALMENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE (LEIS IN YOUR FACE) NASCEM PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE INCONSTITUCIONALIDADE, NOTADAMENTE QUANDO A DECISÃO ANCORAR-SE EM CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS (CLÁUSULAS PÉTREAS). ESCRUTÍNIO MAIS RIGOROSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS IMPOSTO AO LEGISLADOR PARA DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE CORREÇÃO DO PRECEDENTE OU QUE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E AXIOLÓGICOS QUE LASTREARAM O POSICIONAMENTO NÃO MAIS SUBSISTEM (HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA LEGISLATIVA). 1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e

republicano, em que cada um destes players contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República. 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, ex vi do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República. 5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. 5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. 5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris

tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. 6. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos. 7. O Congresso Nacional, no caso sub examine, ao editar a Lei nº 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs nº 4430 e nº 4795, rel. Min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura. 8. A criação de novos partidos, como hipótese caracterizadora de justa causa para as migrações partidárias, somada ao direito constitucional de livre criação de novas legendas, impõe a conclusão inescapável de que é defeso privar as prerrogativas inerentes à representatividade política do parlamentar trânsfuga. 9. No caso sub examine, a justificação do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos

partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário. 10. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. 11. In casu, é inobjetable que, com as restrições previstas na Lei nº 12.875/2013, há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional. Algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Justamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia. 12. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013.

Em face dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e, sobretudo, pela própria imposição constitucional de que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, dentre outros, o pluralismo político e que o poder emana do povo, que o exerce

por meio de representantes eleitos ou diretamente (conforme previsão do inciso V e parágrafo único do art. 1º), bem como pela garantia constitucional de que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos – desde que seja resguardada a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e os seguintes preceitos: (a) caráter nacional; (b) proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; (c) prestação de contas à Justiça Eleitoral; e (d) o funcionamento parlamentar de acordo com a lei (art. 17) –, compreende-se que não é possível a adoção de quaisquer cláusulas de barreiras que promovam, mesmo que indiretamente, a redução dos Partidos Políticos, bem como que tornem mais difícil o registro civil destes.

Não obstante, a imposição de quaisquer cláusulas de barreira acaba por macular a pluralidade de opiniões políticas buscada pelo legislador constituinte quando do estabelecimento da pluralidade partidária como um dos fundamentos de nosso Estado.

Deve ser obrigatória a realização de eleições diretas, abertas aos filiados, para todas as instâncias partidárias, inclusive para a escolha dos candidatos em prévias?

A Constituição Federal estabelece como premissas de nosso sistema democrático a pluralidade de ideias, o exercício direto e igual das escolhas, a sacralidade das escolhas, a igualdade de participação passiva, a impessoalidade, a moralidade, o zelo e o respeito pela coisa pública, a limitação econômica para o exercício das liberdades políticas e, dentre outras, a possibilidade de associação para o exercício da defesa de ideologias e programas políticos. Além do que, quis o legislador constituinte reforçar, em inúmeros preceitos constitucionais, que o exercício da democracia se dá de forma direta, pois impõe a responsabilidade da escolha ao detentor do poder de escolha.

Logo, a realização de eleições diretas, abertas aos filiados, para todas as instâncias partidárias, inclusive para a escolha dos candidatos em prévias,

é a forma mais democrática de reforçar a ideia que cabe aos membros da coletividade – no caso, aos partidários de uma ordem política – definir as linhas conceituais dos programas políticos das organizações político-partidárias que integram, a escolha do regime das coligações eleitorais e as atividades de organização interna. Além disso, como os partidos políticos congregam, por vezes, interesses divergentes, mas conexos (o que faz com que representem ideologias sociais, de classes, religiosas e econômicas distintas, apesar da conexão de interesses que conectam os vários agentes políticos em uma dada organização, em uma sociedade), inviabilizar a participação ativa e direta dos seus filiados é transformar essas organizações em verdadeiros instrumentos de interesse de grupos pessoais, familiares ou de um líder.

Porém, independentemente de tal aspiração, a Constituição Federal vigente é clara ao determinar que é “assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre candidaturas em âmbito nacional, estadual, ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária” (conforme previsão do §1º do art. 17, com redação conferida pela Emenda Constitucional n. 52/2006). Razão pela qual, impor que os Partidos Políticos adotem mecanismos de escolha direta é ir de encontro com a previsão constitucional que confere autonomia aos Partidos Políticos. É interferir ilegitimamente na liberdade partidária, nos interesses políticos, porque ao Estado é vedado tal intromissão porque aos correligionários de um dado Partido Político é conferido poder soberano – guardados os preceitos constitucionais expressos nos incisos do caput do art. 17 e no seu §4º – de se auto organizar politicamente.

Ressaltando-se, por fim, que a previsão do §1º do art. 17 da Carta Constitucional vigente é compatível com as referidas premissas de nosso sistema constitucional, tanto que o próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn 3.658 reconheceu sua constitucionalidade – mesmo que não tenha enfrentado essa questão de fundo.

MANDATO, REELEIÇÃO E ELEIÇÃO

Devem ser unificadas todas as eleições – municipais, estaduais e federais – em data única? Quais as consequências desta medida?

A adoção em uma única data eleitoral para o sufrágio da totalidade dos mandatos municipais, estaduais e federais poderia agravar a complexidade do processo eleitoral brasileiro, na medida em que, face a pluralidade de entes federativos e de mandatos eleitorais, o eleitorado brasileiro teria que escolher candidatos para 04 (quatro) cargos legislativos e 03 (três) cargos executivos em única votação.

Se a escolha de todos os cargos eletivos em uma única data pode possibilitar a diminuição da renúncia aos mandatos conferidos ou a desincompatibilização de cargo ou função para a participação em outros pleitos eleitorais, a fixação de uma única data eleitoral dificultará a exposição dos candidatos na propaganda partidária no período eleitoral e, por consequência lógica, diminuirá o debate sobre os planos de governo e linhas de condução dos mandatos eletivos pelos candidatos – salvo, se houver a modificação do Código Eleitoral para que haja a ampliação razoável do tempo de propaganda eleitoral dos candidatos.

Além disso, a fixação de uma única data para eleição da totalidade dos cargos políticos no Brasil retardará o processo eleitoral e a divulgação dos resultados eleitorais, visto que haverá uma maior quantidade de “votos” a serem conferidos e apurados – apesar de que o modelo eletrônico de voto tem diminuído, ano após ano, o tempo de escolha e de apuração dos votos conferidos; porém, a fixação em uma única data eleitoral poderá retardar o processo de votação, em especial, para a parcela social que o voto é facultativo.

Outra decorrência negativa da fixação de uma única data para o processo eleitoral no Brasil é a possibilidade de se verificar uma diminuição efetiva da eleição de opositores aos cargos eletivos pela implementação da política

“tudo ou nada”, i. e., pela escolha de candidatos de um único partido ou de uma coligação político-partidária para todos os cargos eletivos, a fim de se buscar uma maximização das consequências políticas do voto pela possível colaboração política entre os vários níveis eleitorais (federal, estadual e municipal) e para possibilitar os meios políticos necessários para dar suporte às políticas públicas do chefe do Poder Executivo federal nos demais entes federativos.

Além disso, tal modificação, em um primeiro momento, alterará profundamente as forças políticas porque se reduzirão os concorrentes possíveis para os pleitos e porque haverá a diminuição das possibilidades políticas para os candidatos não eleitos, condições políticas que, por si só, inviabilizarão a unificação das eleições em uma única data.

Ademais, face o princípio da eficiência e da necessidade de se promover o pluripartidarismo – e, por consequência, de se garantir igualdade mínimas de condições para os candidatos – não se compreende como adequada a unificação dos pleitos eleitorais em uma única data.

Dever ser alterada a data da posse de 01 de janeiro? Se sim, para qual data?

A alteração da data de posse dos candidatos eleitos de 01 de janeiro para uma outra data qualquer visa atender, sobretudo, a questões políticas – seja no que se refere à participação de governadores eleitos na posse do presidente eleito, seja no que se refere à participação de autoridades estrangeiras na posse do presidente eleito, seja o vazio popular às cerimônias de posse em razão da festa de réveillon. Mas, por vezes, a sugestão para a alteração de posse decorre, também, do pequeno lapso de tempo entre a promulgação do resultado das eleições majoritárias e o efetivo início dos mandatos o que dificulta a transição entre os governos – sobretudo, quando o chefe do poder executivo eleito é opositor ao ocupante do cargo executivo em término de mandato.

Ressalte-se que, historicamente, a posse dos candidatos eleitos já sofreu inúmeras alterações. Já foi em 15 de novembro, em 31 de janeiro e em 15

de março – levando-se em consideração a história constitucional brasileira. Inclusive, muitos chefes do Poder Executivo já tomaram posse em outras datas (em razão de renúncia, falecimento, cassação, destituição e impedimento dos chefes do Poder Executivo federal, estaduais e municipais).

Assim, não há uma condição temporal melhor ou pior para a posse dos candidatos eleitos – em especial, para os chefes do Poder Executivo. E, portanto, a data de posse em pouco ou em nada interfere no exercício dos mandatos políticos e no efetivo exercício da democracia.

Dessa forma, se houver a necessidade de alteração da data de posse de 1º de janeiro para qualquer outra data, compreende-se que, por uma questão axiológica, a data de posse deveria ser fixada em 15 de novembro, a fim de se reafirmar a importância da democracia em nosso país.

Ressalvando-se, entretanto, que a alteração deverá efetivamente respeitar o prazo de mandato dos candidatos eleitos, i. e., não poder haver supressão temporal de qualquer mandato em vigor; assim, a alteração da data deverá ser promovida somente após a eleição de chefe do Poder Executivo que tome posse para mandato de 3 anos e 319 dias de mandato – a fim de que os mandatos posteriores comecem em 15 de novembro e terminem em 14 de novembro, com quatro anos de mandato.

Ressalte-se, ainda, que a fim de se evitar a crítica quanto ao pouco tempo de transição, a eleição deve ser realizada em tempo hábil para que possa haver a efetiva transição entre o governo eleito e o governo que termina.

Deve ser mantida a reeleição para cargos ao Poder Executivo? E no caso do Poder Legislativo? Deve ser alterado o atual regramento?

Preliminarmente, é importante ressaltar que a fixação do instituto da reeleição para os mandatos de Presidente da República, de Governadores e de Prefeitos pela Emenda Constitucional n. 16 de 1997 não teve a sua constitucionalidade contestada perante o Supremo Tribunal Federal, visto que a proposição da ADIn 1.805-2 teve como objeto a discussão quanto a

possível aplicação interpretativa do §6º do art. 14 para se compreender como constitucional a redação conferida pela mencionada Emenda Constitucional ao §5º do mesmo dispositivo constitucional – ressaltando-se que o Supremo Tribunal Federal declarou que o teor do referido §6º não era necessário para que houvesse a constitucionalidade da redação conferida ao §5º pela Emenda Constitucional n. 16 de 1997.

Além disso, é importante mencionar que um dos principais argumentos utilizados no debate político para a revogação da reeleição dos cargos executivos é de que o ocupante do cargo público executivo que busca se reeleger atua em patente de desequilíbrio com os demais candidatos porque se beneficiam do cargo público – e, por consequência, dos recursos públicos – para concorrerem ao mandato público. Porém, tal argumento não tem se aplicado aos membros dos Parlamentos, os quais também exercem mandato e concorrem em flagrante desequilíbrio de força com os demais candidatos porque aqueles também possuem a máquina pública a seu dispor.

Assim, se houver de se afastar a possibilidade de reeleição para os ocupantes de cargos políticos executivos no Brasil com base no argumento acima mencionado, a mesma imputação tem que ser aplicada aos demais mandatos políticos, i. e., deverá ser aplicada também aos cargos legislativos.

A mesma axiologia aplicada aos candidatos aos cargos executivos dos entes políticos brasileiros deverá ser aplicada aos candidatos aos cargos legislativos desses porque não é possível buscar apenas e tão somente o equilíbrio das forças políticas para a escolha dos cargos executivos, deixando-se de lado os cargos legislativos em flagrante desequilíbrio.

A moralidade aplicada para a eleição de um dos poderes do Estado brasileiro (a saber: Poder Executivo), deve ser aplicada também para a eleição dos membros dos Parlamentos porque o processo de escolha dos mandatários, para cargos executivos ou legislativos do Poderes do Estado brasileiro, obedecem aos mesmos valores democráticos e republicanos – em especial, a universalidade do voto direto, secreto e de igual valor para

todos os participantes do processo eleitoral, bem como a paridade razoável de forças entre os candidatos aos cargos políticos; sendo que a paridade razoável de forças entre os candidatos aos cargos políticos passa pela igual capacidade de arrecadação de financiamento de campanha e de tempo de exposição política para a sociedade.

Possibilitar com que apenas uma parcela dos candidatos eleitos possa dispor do direito de reeleição para os cargos políticos é macular a igualdade política buscada pela Constituição Federal. Em outros termos, a Constituição Federal buscou explicitar que, em nosso Estado Democrático de Direito, qualquer voto apresenta a mesma igualdade perante os demais, i. e., que qualquer membro do colégio eleitoral goza de mesma condição representativa que qualquer outro em nossa sociedade porque, em uma democracia representativa, a escolha de qualquer eleitor é igual a de cada um dos demais eleitores – prevalecendo, portanto, a escolha da maioria.

Todavia, a práxis política brasileira – inclusive, após a previsão constitucional de que os ocupantes dos cargos executivos podem concorrer à sua reeleição – tem demonstrado que nem mesmo a “posse” dos recursos públicos e a utilização da máquina pública são capazes de reeleger ao cargo político o mau gestor público. Inúmeros são os casos em que a oposição derrota o chefe do Poder Executivo, apesar da exposição pública desse e da utilização das políticas e bens públicos para à sua “promoção” indireta ao eleitor.

Transpostas essas considerações iniciais, cabe uma reflexão maior sobre as condições de elegibilidade e de inelegibilidade em nosso sistema eleitoral na Constituição brasileira⁴⁵ porque tal tema encontra-se correlacionado com a própria possibilidade de o instituto da reeleição ser compatível ou não com

45. Com efeito, a Constituição de 1946 regulava, por inteiro, o sistema de inelegibilidades. Porém, a Emenda Constitucional n. 14, de 3 de junho de 1965, possibilitou, por meio de seu art. 2º, que lei especial criasse casos de inelegibilidade, além dos enunciados na Constituição, a fim de regular objetivos e valores específicos – nessa linha, editou-se a Lei n. 4.738, de 15.7.1965, denominada Lei das Inelegibilidades. Tal técnica foi mantida pela Constituição de 1967, pela sua Emenda n. 01/1969 e pela atual Carta Política de 1988.

o nosso sistema eleitoral previsto na Constituição e, portanto, ser aplicável aos cargos políticos.

Preliminarmente, é importante ressaltar que

(...) condições de elegibilidade não podem ser confundidas com as causas de inelegibilidade, haja vista que estas apenas ocorrem quando as primeiras forem atestadas. As segundas atestam uma desvalorização em relação à determinada situação jurídica que pode ensejar abuso de poder econômico ou político; já as condições de elegibilidade são requisitos mínimos que devem ser exigidos a todos os cidadãos para se candidatarem e participarem ativamente do processo político⁴⁶.

Isto porque elegibilidade é a condição jurídica ou “direito fundamental⁴⁷” que possibilita com que um indivíduo possa se tornar representante do poder popular, i. e., que possibilita com que um indivíduo possa registrar sua candidatura a fim de que o povo possa escolhê-lo pelo voto como seu representante político (mandatário) – porque somente o candidato por ser votado e, por consequência, ser eleito.

A elegibilidade é, portanto, a condição ou o direito de ser candidato. Sendo que apenas poderá ser eleito o candidato que goze plenamente das condições de elegibilidade e que não incida em qualquer hipótese de inelegibilidade porque “para competir nas eleições é preciso que o interessado esteja para tanto qualificado, preenchendo as condições de elegibilidade, e, ao mesmo tempo, não se encontrando em situação prevista como causa de inelegibilidade⁴⁸”.

46. VELLOSO, Carlos Mário da Silva e AGRA, Walber de Moura. Elementos de direito eleitoral, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

47. Nesse sentido, ver: NIESS, Pedro Henrique Távora, SOUZA, Luciana Toledo Távora Niess de e KAHN, Andréa Patrícia Toledo Távora Niess. Direito eleitoral. São Paulo: Edipro, 2016, p. 119.

48. Nesse sentido, ver: NIESS, Pedro Henrique Távora, SOUZA, Luciana Toledo Távora Niess de e KAHN, Andréa Patrícia Toledo Távora Niess. Direito eleitoral, p. 120.

A elegibilidade deve ser compreendida, portanto, como o status que permite ao indivíduo ser candidato – e, portanto, que possibilite com que o mesmo efetive o devido registro de sua candidatura. Sendo a inelegibilidade a ausência, perda ou impedimento de elegibilidade, i. e., as condições de inelegibilidade são pressupostos negativos da elegibilidade⁴⁹.

Não obstante, os pressupostos positivos de elegibilidade não podem ser confundidos com as hipóteses de inelegibilidade, mesmo que a ausência de qualquer um daqueles ou a verificação de uma dessas impeça com que um indivíduo possa se candidatar a mandato político; e, também, que se configure como inelegível quem não detenha os requisitos de elegibilidade ou que incorra em uma das hipóteses de inelegibilidade.

Assim, os pressupostos positivos de elegibilidade são requisitos que devem ser preenchidos para que se possa concorrer às eleições, enquanto que os pressupostos negativos de elegibilidade (inelegibilidades) são impedimentos que, se não afastados por quem detenha as condições de elegibilidade, obstam a candidatura de um indivíduo ou o necessário registro de sua candidatura.

Quanto aos fundamentos das condições negativas de elegibilidade, concorda-se com José Afonso da Silva de que estas "(...) têm por objeto proteger a probidade administrativa, a normalidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta⁵⁰".

Logo, o exercício da cidadania passiva somente pode ser conferido a quem possuir os requisitos de elegibilidade e não incidir nos pressupostos negativos de elegibilidade.

49. Nesse sentido, ver: voto do Min. Relator Sidney Sanches na ADIn 1.062 (DJ).

50. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 387.

Ressalte-se, por outro lado, que toda candidatura pressupõe, necessariamente, a elegibilidade; mas nem toda pessoa elegível pode ter (ou manter) a candidatura registrada – tanto que a cassação do registro de candidatura não implica a inelegibilidade do titular do registro cassado. Além disso, o registro de candidatura perante a Justiça Eleitoral, nos termos da legislação aplicável, atesta que quem pretende certo cargo eletivo é, em relação a ele, elegível porque preenche as condições positivas de elegibilidade e não incorre em nenhuma hipótese negativa de elegibilidade.

Nesse sentido, Nies e outros⁵¹ ponderam que

Respeitável corrente doutrinária, no entanto, entende que só com o registro de candidato nasce a elegibilidade, que assim se restringe à eleição que o registrado disputará, voltada ao mandato eletivo que ele pretende exercer. Sob este prisma, como só o candidato pode ser eficazmente votado, não há que se falar em elegibilidade de quem candidato não é.

Não rejeitamos a consideração do tema sob esse ângulo.

Mas pensamos que a questão, tal como põe a Constituição Federal, também aceita visão mais ampla, a fim de que não se considere, quem não se candidata, detentor, apenas, de parcela dos direitos fundamentais de natureza política. O direito de acesso a mandato eletivo, esta é a colocação, não deixa de existir como direito fundamental por não ser exercido por quem poderia exercê-lo.

A inscrição para concorrer a certo prélio eleitoral é essencial para que alguém seja eleito, já que ninguém

51. NIESS, Pedro Henrique Távora, SOUZA, Luciana Toledo Távora Niess de e KAHN, Andréa Patrícia Toledo Távora Niess. Direito eleitoral, p. 121.

pode ser eleito sem que seja esta sua vontade e sem que a Justiça Eleitoral aprove sua candidatura e a Justiça Eleitoral deve desaprove a candidatura de quem não preencher as condições de elegibilidade ou for apanhado por uma das causas de inelegibilidade, isto é, de quem não for elegível.

O registro e sua conservação é condição de exercício do direito de ser votado.

Após tais considerações, cabe a análise do sistema constitucional das condições positivas e negativas de elegibilidade.

Nesse sentido, a Constituição Federal estabelece condições absolutas e relativas de elegibilidade. Quanto às primeiras, estabelece, no §3º de seu art. 14, que são condições para o gozo da cidadania passiva: (a) nacionalidade brasileira; (b) pleno exercício dos direitos políticos; (c) alistamento eleitoral; (d) domicílio eleitoral na circunscrição; (e) filiação partidária e (f) idade mínima de trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador, de trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, de vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito e Vice-Prefeito e de dezoito anos para Vereador. E, também, estabelece a cidadania brasileira nata como condição de elegibilidade absoluta para os cargos de Presidente e de Vice-Presidente – conforme previsto no §3º de seu art. 12.

Ressalte-se, ainda, que a Constituição Federal estabelece no §4º do art. 14 que os não alistáveis – a saber: os menores de 16 anos, os estrangeiros e os brasileiros que se encontrem conscritos no período do serviço militar obrigatório (conforme previsão do §2º de seu mencionado art. 14) – e os analfabetos não gozam de condição de elegibilidade, i. e., que a estes é imposta uma incompetência absoluta de elegibilidade. Razão pela qual é possível afirmar que a Constituição Federal estabelece, também, como condição absoluta de elegibilidade a cidadania brasileira, a alfabetização dos candidatos e a não se encontrar conscrito em serviço militar obrigatório.

Não obstante, o parágrafo único do art. 52 estabelece uma outra condição absoluta de elegibilidade específica, a saber: de o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União não terem sofrido condenação, pelo Senado Federal, por crime de responsabilidade (impeachment) nos últimos oito anos anteriores ao pleito eleitoral porque o referido parágrafo impõe, conjunta e obrigatoriamente com a perda do cargo, a inabilitação para o exercício de função pública – situação que contém a possibilidade de exercício de mandato político.

No tocante à inabilitação, concorda-se com Niess e outros⁵² que “podem votar, mas não podem ser votados, os alistados maiores punidos com a inabilitação, por oito anos (CF, art. 52, parágrafo único)”.

No que diz respeito às condições absolutas de elegibilidade previstas no §3º do art. 14, discorda-se da posição doutrinária⁵³ que entende que os requisitos elencados sejam taxativos e, portanto, que não é admissível o acréscimo de quaisquer outros requisitos para o exercício do direito fundamental de participação eleitoral “passiva”. Bem como da conclusão de que “deixar sua regulamentação ao talante de mandamentos infraconstitucionais serviria para reduzir a amplitude desse direito, quando sua finalidade é justamente o contrário, ampliar com maior intensidade possível a inserção da população nas decisões do sistema democrático⁵⁴”.

Tal discordância se fundamenta na constatação de que os direitos fundamentais podem sofrer limitações porque, como não existem

52. NIESS, Pedro Henrique Távora, SOUZA, Luciana Toledo Távora Niess de e KAHN, Andréa Patrícia Toledo Távora Niess. Direito eleitoral, p. 124.

53. Nesse sentido: VELLOSO, Carlos Mário da Silva e AGRA, Walber de Moura. Elementos de direito eleitoral, p. 80; NIESS, Pedro Henrique Távora, SOUZA, Luciana Toledo Távora Niess de e KAHN, Andréa Patrícia Toledo Távora Niess. Direito eleitoral, p. 121.

54. VELLOSO, Carlos Mário da Silva e AGRA, Walber de Moura. Elementos de direito eleitoral, p. 80.

obrigações ilimitadas, não existem direitos que não possam sofrer limitações, restrições. E principalmente porque: (a) o próprio direito fundamental de participação eleitoral, nos termos de nossa Constituição, já foi originariamente restringido pelo legislador constituinte originário (e, também, pelo derivado) pela imposição das condições positivas e negativas de elegibilidade no tocante ao direito fundamental de se candidatar a cargo político, bem como para o gozo da liberdade de participação política ativa e; (b) porque foi constitucionalmente reconhecida a competência do legislador não constituinte para a imposição de outras hipóteses de inelegibilidade a fim de reconhecer a possibilidade jurídica de limitação daquele direito fundamental – hipótese prevista no §9º do art. 14 da Carta Política vigente, visto que este enunciado dispõe que caberá à lei complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Sendo que tal hipótese foi prevista na Lei Complementar n. 65 de 1990, com suas modificações posteriores (em especial, pela Lei Complementar n. 135 de 2010 – Lei Ficha Limpa).

Inclusive, a análise dos enunciados constitucionais sobre o direito de participação passiva da cidadania evidencia que este direito fundamental foi concebido com inúmeras restrições (condições de elegibilidade e de inelegibilidade), bem como que a própria Constituição Federal possibilitou com que lhe fossem impostas outras restrições ao conteúdo daquele direito fundamental por meio de leis complementares. Isto é, a própria Carta Política reconheceu que o jus honorum é restrito e que ao exercício de sua liberdade pode ser limitada pela imposição de não-liberdades “definitivas”.

Não obstante, a própria competência prevista na parte final do §3º do art. 14 da Constituição Federal para que legislação infraconstitucional (leis ordinárias federais) possa delimitar materialmente a abrangência das

condições positivas de elegibilidades elencadas nas alíneas do referido enunciado constitucional evidencia, também, que o conteúdo dessas possa ser melhor definido e, por consequência, que podem ser impostas outras limitações às condições positivas de elegibilidade – desde que contidas materialmente no espectro possível do conteúdo jurídico das hipóteses constitucionais⁵⁵.

Posição, inclusive, referendada pelo Supremo Tribunal Federal quando, por exemplo, do julgamento da Medida Cautelar na ADIn 1.062 (Relator Min. Sidney Sanches, DJ 01.07.1994), da ADIn 3.305 (Rel. Min. Eros Grau, DJ 4.11.2006).

Além disso, pode-se afirmar que as possíveis restrições a serem impostas pela legislação infraconstitucional (provinda de lei ordinária, nas hipóteses do §3º do art. 14 da Constituição Federal, ou de lei complementar, nos casos do §9º do mesmo artigo) visam apenas e tão somente impor limitações ao exercício da liberdade jurídica fundamental de participação passiva nos pleitos eleitorais. E, dessa forma, tais limitações (ou restrições) não atingem o conteúdo do direito fundamental de exercício do poder popular no que se refere a ser mandatário, mas, tão somente o objeto desse (o mandato) a fim de proteger direitos fundamentais de terceiros (tanto dos eleitores como dos demais candidatos), princípios e valores constitucionais (como, por exemplo, da moralidade, da impessoalidade no trato da coisa pública, etc.) – razão pela qual se compreende que as condições elencadas nas alíneas do §3º do art. 14 da Constituição Federal não seriam *numerus clausus* para o exercício da liberdade de se candidatar.

55. Nesse sentido, por exemplo, a Lei n. 4.737 de 1965 procurou delimitar o conteúdo das alíneas do §3º do art. 14 da Constituição Federal estabelecendo condições absolutas de elegibilidade infraconstitucional quando prescreveu que “somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos” (vide caput do art. 87 da referida Lei) e, também, quando determinou que “não é permitido registro de candidato embora para cargos diferentes, por mais de uma circunscrição ou para mais de um cargo na mesma circunscrição” (caput do art. 88).

Não obstante, discorda-se da posição de que a legislação infraconstitucional não poderá impor outras limitações ao direito fundamental de ser eleito porque não se compreende que a imposição de condições infraconstitucionais macule ou diminua o exercício da cidadania ativa (votar) na medida em que a previsão de quaisquer limitações ao exercício da cidadania passiva (ser votado) visa, sobretudo, preservar, como valores republicano e democrático de nosso sistema eleitoral: a igualdade, a impessoalidade, a justiça, a moralidade e a responsabilidade dos candidatos perante a sociedade. E porque se reconhece como constitucionais, nos termos da parte final do §3º e do §9º do art. 14 da Constituição Federal, a previsão de quaisquer outras condições de elegibilidade por normas ordinárias ou complementares, desde que respeitados os limites materiais das referidas hipóteses constitucionais, os valores e princípios constitucionais e as condições constitucionais de elegibilidade e de inelegibilidade (a fim de se promover efetivamente nosso modelo de democracia previsto no ordenamento constitucional)⁵⁶.

Porém, concorda-se com José Afonso da Silva de que, como as inelegibilidades possuem “um fundamento ético evidente”, a imposição de condições de inelegibilidade por leis infraconstitucionais somente se torna ilegítima quando essas são “(...) estabelecidas com fundamento político ou para assegurarem o domínio do poder por um grupo que o venha detendo⁵⁷”.

Importante mencionar, ainda, que a previsão da parte final do §3º do art. 14 da Constituição Federal (a saber: “nos termos da lei”) deve ser interpretada de forma a possibilitar a compreensão de que os demais entes federativos não possuem competência para criar quaisquer outras condições de elegibilidade para quaisquer cargos políticos porque a competência para

56. Segundo Alexy, “(...) uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso, fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais – trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281).

57. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, p. 387.

legislar sobre matéria eleitoral é de competência exclusiva da União Federal (conforme previsto no inciso I do art. 22 da Carta Constitucional).

Ressalte-se, também, que a condição de elegibilidade imposta pelo inciso VI do §3º do art. 14 da Constituição Federal – a saber, idade mínima – apesar de ser uma condição de elegibilidade absoluta é pro tempore, i. e., suprimível pelo simples lapso de tempo porque somente podem ser eleitos para os cargos políticos as pessoas que tiverem, no ato da diplomação, a idade requerida pela Constituição Federal. Logo, a condição absoluta de elegibilidade é relativizada pelo simples decurso do tempo de idade dos candidatos.

No tocante às condições relativas de elegibilidade, a Constituição Federal estabelece que “o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente” (conforme previsão do §5º de seu art. 14, modificado pela Emenda Constitucional n. 16 de 1997). Prevê como condição relativa de elegibilidade a condição de que “para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito” (vide §6º de seu art. 14). E, também, que “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 dentre dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição” (segundo os termos do §7º de seu art. 14).

Ressalte-se que o impedimento imposto pelo §5º do mencionado enunciado constitucional dirige-se tanto para a titularidade originária como para as hipóteses de sucessão e de substituição no curso do mandato⁵⁸.

58. Niess e outros afirmam que “(...) para a Constituição a reeleição não significa, nesse panorama, apenas ser um político eleito novamente para o mesmo cargo para o qual fora eleito no período imediatamente anterior, mas significa também ser um político eleito pela primeira vez para o cargo que exerceu porque sucedeu quem para ocupa-lo foi eleito, no caso de vaga, ou o substituiu temporariamente, porque eleito para ser seu Vice, ou porque, no impedimento, por exemplo, do Presidente da República e do Vice-Presidente da República, ou na vacância dos respectivos cargos,

No tocante à redação original do §5º do art. 14 da Constituição Federal, o referido enunciado tanto uma condição absoluta de elegibilidade como uma condição relativa de elegibilidade na medida em que vedava que o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houvesse sucedido ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito pudessem concorrer para o mesmo cargo no período subsequente (condição absoluta de elegibilidade); porém, permitia a possibilidade com que concorressem a outros cargos políticos (condição relativa de elegibilidade). Procurava, assim, mais do que impor uma condição de inelegibilidade, prever uma irrelegibilidade para o mesmo cargo, no período subsequente⁵⁹.

Da mesma forma, a redação do §5º do art. 14, após Emenda Constitucional n. 16 de 1997, mantém a imposição de condições de elegibilidade relativas – na medida em que não impede com que o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos possam concorrer ao mandato para o mesmo cargo para um único período subsequente; bem como possam concorrer para quaisquer outros cargos – e uma condição de elegibilidade absoluta porque veda com que o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos possam concorrer para mais de dois mandatos sucessivos.

Em outros termos, o comando proibitivo da redação original do §5º do art. 14 da Carta Política de 1988 foi convertido em norma permissiva na redação promovida pela Emenda Constitucional n. 16 de 1997 – apesar da previsão proibitiva de que o mandatário de cargo executivo possa se reeleger para além de um período subsequente ao do mandato inicial.

tendo sido eleito Deputado Federal, na oportunidade dessa ocorrência era o Presidente da Câmara, ou, sucessivamente, porque tendo sido eleito Senador, era o Presidente do Senado, ou, ainda, porque, não tendo sido eleito para exercer mandato eletivo, era o Presidente do Supremo Tribunal Federal nessa ocasião” (NIESS, Pedro Henrique Távora, SOUZA, Luciana Toledo Távora Niess de e KAHN, Andréa Patrícia Toledo Távora Niess. Direito eleitoral, p. 167).

59. Importante mencionar, porém, que há uma aproximação entre hipótese de ireelegibilidde e inelegibilidade porque ambas, em verdade, afetam o domínio da elegibilidade. Mas, pode-se falar em um possível discrimen quanto ao fundamento, o que possibilita diferenciar tais situações.

Por outro lado, no tocante à inelegibilidade, concorda-se com Velloso e Agra que

(...) as inelegibilidades são uma situação jurídica. Situação em razão de ser a descrição de uma determinada realidade fática, em um dado lapso temporal, podendo privilegiar vários enfoques da análise, como sua perspectiva econômica, social, jurídica etc. Jurídica porque é valorada por intermédio de cominações normativas que delineiam as mais variadas condutas humanas e teta realizar o esboço das estruturas de poder social.

Sua função se configura em retratar a posição de um sujeito com relação a certo objeto, ou de um sujeito com relação a uma norma jurídica, no que advém consequências em razão da posição assumida. Ou seja, ele atesta as consequências jurídicas em decorrência do posicionamento assumido. Toda situação jurídica será determinada diante do posicionamento do sujeito perante o objeto protegido, da norma incidente ou o interesse jurídico em questão.

Toda situação jurídica é transitória, haja vista que o transcurso das relações vitais, inexoravelmente, é finita. Outrossim, em um regime democrático, em que a alteração dos mandatários públicos baliza-se como um de seus alicerces, não se pode mencionar uma fattispecie em que o sujeito mantenha uma relação constante e inalterada com órgãos da representação popular. Caso a inelegibilidade seja cominada, advindo o seu caráter de sanção, reforça-se ainda mais sua perenidade porque inexistem penas de caráter perpétuo.

Diante do que fora exposto, postula-se que a taxionomia das inelegibilidades é a de uma situação jurídica que descreve o posicionamento do cidadão diante do bem jurídico protegido pelo ordenamento, que é o jus honorum, a prerrogativa de exercício da cidadania passiva. As inelegibilidades não podem ser conceituadas como relação jurídica porque não exprimem relações sinalagmáticas com outros sujeitos em seu aspecto volitivo do ordenamento da vida privada. Elas exprimem o posicionamento dos cidadãos com relação a um interesse jurídico imprescindível para o desenvolvimento das democracias: a possibilidade de disputar mandatos populares. De acordo com a situação jurídica que incide sobre o sujeito, pode-se aferir de forma segura se ele pode disputar ou não os pleitos eleitorais⁶⁰.

Dessa forma, para que seja possível o exercício do direito subjetivo erga omnes de se candidatar a cargo político no Brasil é fundamental se cumprir integralmente os requisitos constitucionais previstos nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 14 da Constituição Federal de 1988, bem como as demais condições estabelecidas pela legislação infraconstitucional.

No tocante ao instituto da reeleição, cabem algumas considerações preliminares.

Primeiramente, irreelegibilidade não se confunde com condições de inelegibilidade porque possuem fundamentos axiológicos distintos. Bem como, cabe esclarecer que nossa história constitucional sempre possibilitou que os mandatários políticos de cargos legislativos pudessem se reeleger indefinidamente para o mesmo cargo político; mas, aos mandatários dos cargos executivos do Estado brasileiro era vedada sua reeleição até a promulgação da Emenda Constitucional n. 16 de 1997, a qual passou a

60. VELLOSO, Carlos Mário da Silva e AGRA, Walber de Moura. Elementos de direito eleitoral, p. 87.

possibilitar com que os chefes do Poderes Executivos ou quem os houver sucedido ou substituído possam ser reeleitos para um único período subsequente.

Em face disso, pode-se afirmar que prevalece em nosso sistema constitucional, como valor democrático, a imposição de que o exercício dos mandatos executivos deve possibilitar a alternância política e impedir o continuísmo político, a fim de relembrar aos brasileiros de que, se o poder exercido pelo Estado brasileiro emana do povo, a chefia do exercício administrativo dos entes federativos brasileiros lhes pertencem e não a quaisquer oligarquias locais ou famílias políticas.

Em outros termos. Nosso sistema constitucional sempre procurou combater a captura do Poder popular por quaisquer estamentos políticos e, por consequência, o continuísmo pessoal ou familiar porque o Estado brasileiro, em qualquer de seus níveis federativos, não pode ter outra face que não a da República – tanto que a Constituição Federal impôs, por força de seus princípios e valores, aos mandatários de cargos legislativos o reconhecimento de que o mandato político pertence ao povo e não ao candidato eleito quando do reconhecimento de que a fidelidade partidária é um valor constitucional brasileiro⁶¹.

Mas, o impedimento ao continuísmo – que, inclusive, se encontra consagrado atualmente na nova redação conferida ao §5º do art. 14 da Carta Política vigente – não pode ser compreendido como impedimento à continuidade administrativa. Seja porque continuidade administrativa não se configura como personificação do poder, seja porque a continuidade administrativa decorre dos princípios administrativos da impessoalidade, da moralidade e da eficiência porque as boas práticas administrativas e governamentais se perpetuam no tempo, independentemente dos gestores políticos envolvidos nessas⁶².

61. Reconhecendo que os partidos políticos podem requisitar o cargo eletivo se o candidato eleito romper sua filiação partidária sem justa causa.

62. Nesse sentido, o Min. Carlos Britto, quando do julgamento da ADIn 3.305 (Rel. Min.

Em face disso, poder-se-ia concluir que a imposição constitucional de alternância política – que se consubstancia não apenas na temporalidade de mandatos, mas também na alternância de mandatários – implicaria na impossibilidade de se aplicar o instituto da reeleição em nosso sistema democrático. Porém tal conclusão, além de prematura, é equivocada porque somente haverá mácula ao valor constitucional da alternância política se não houver qualquer limite àquele instituto, i. e., se houver a possibilidade de se candidatar e de se eleger para um mesmo cargo político de forma indefinida.

Isto porque alternância política não deve implicar na desarrazoada imposição de que um dado mandatário não possa concorrer, em condições mínimas de igualdade com os demais candidatos de um pleito eleitoral, a um dado mandato porque já o exerce quando do processo eleitoral, visto que alternância política não pode vedar a continuidade política. Alternância e continuidade são, pois, valores contrapostos, mas indispensáveis em uma República porque se não houver alternância dos mandatários inexistirá a possibilidade da sociedade se contrapor às práticas públicas (e, por vezes, pessoais) desses; mas se não houver a possibilidade de continuidade: o poder se esvai, a eficiência se perde, a coisa pública passa a representar os interesses de grupos momentâneos.

Assim, se a alternância política visa promover o pluripartidarismo e a impessoalidade pública, a continuidade política reconhece a eficiência e a moralidade dos agentes políticos. Todos, sem exceção, valores indispensáveis às melhores práticas republicanas e democráticas. Razão pela qual se compreende que a vedação absoluta à reeleição para cargos políticos macularia a própria igualdade entre os cidadãos porque importaria restrição de elegibilidade desproporcional aos brasileiros.

Em verdade, apenas a imposição restrita do standard republicano da alternância política pode impedir a reeleição para um dado cargo político.

Eros Grau, DJ 4.11.2006), ressalta que o princípio da impessoalidade é um eminente princípio republicano e que “postula distinção nítida entre o espaço público e o espaço privado, ou seja, não há confundir a administração com o administrador”.

Não obstante, a possibilidade de reeleição política não agride nem a isonomia aplicada aos candidatos, nem a proporcionalidade ou razoabilidade das condições do processo eleitoral porque a legislação eleitoral é aplicada de igual forma para todos os candidatos⁶³ – inclusive, impondo aos candidatos que exerçam cargos políticos restrições específicas (v. g., não participação em inaugurações de obras públicas no período imediatamente anterior ao pleito) a fim de possibilitar a todos os candidatos igualdade de condições no certame eleitoral.

Nesse sentido, inclusive, a própria Constituição Federal prevê, conforme mencionado alhures, que os chefes dos Poderes Executivos deverão renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito se quiserem concorrer para quaisquer outros cargos políticos – vide, nesse sentido, a previsão do §6º do art. 14 da Constituição Federal de 1988.

Ainda no que se refere à relação entre igualdade e possibilidade de reeleição, compreende-se que esta não ofende a igualdade no direito de ser votado (*jus honorum*) na medida em que se aplicam a todos os candidatos as mesmas condições de elegibilidade e de inelegibilidade, independentemente de quais cargos políticos esses estejam concorrendo⁶⁴. E, sobretudo, porque

63. Ressalte-se, nesse sentido, que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Medida Cautelar na ADIn 1.062 (Rel. Min. Sidney Sanches, DJ 01.07.1994), firmou posição de que a legislação infraconstitucional pode estabelecer quaisquer outras restrições aos candidatos a fim de possibilitar igualdade de condições no pleito eleitoral, mesmo que estas restrições não se configurem expressamente como condições positivas ou negativas de elegibilidade – ressaltando-se, inclusive, que, por vezes, tais restrições são impostas por meio de Resoluções ou Decisões do Tribunal Superior Eleitoral.

64. No tocante à amplitude da igualdade, o Min. Relator Eros Grau, quando do julgamento da ADIn n. 3.305 (DJ 4.11.2006), ressaltou que “nem sempre foi assim, contudo. Tal como inscrito nos primeiros textos constitucionais, o princípio da igualdade foi interpretado exclusivamente como determinação de igualdade na aplicação do direito. Essa determinação vincularia unicamente os órgãos que aplicam o direito, não alcançando o legislador, o que despertou acesa crítica de Kelsen. Após passou ele a ser tomado também como determinação de igualdade na formulação do direito, o que importa em que todos devam ser tratados de modo igual pelo legislador”.

o sistema normativo eleitoral impede privilégios aos ocupantes de mandatos políticos quando do certame eleitoral. Em outros termos. Compreende-se que o candidato que busca a reeleição e os demais candidatos que visam suceder-lo concorrem em igualdade de condições porque a todos são conferidas condições idênticas para se eleger.

Por outro lado, o próprio conceito de isonomia implica, obrigatoriamente, escolher quem são os iguais e os desiguais – porque aquele meta-valor implica conferir tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, i. e., implica distinguir as pessoas e/ou situações a fim de se conferir tratamento diverso para as pessoas ou situações jurídicas que não sejam iguais. Assim, a concretização da isonomia em matéria eleitoral implicaria em impor restrições a que determinadas pessoas pudessem concorrer porque a sua candidatura não seria em igualdade de condições com os demais candidatos.

Sob outro ponto de vista, compreende-se que o instituto da reeleição é indispensável para consagrar a continuidade política de uma administração bem sucedida e para manter um atuante mandatário legislativo – condições indispensáveis para o próprio amadurecimento das instituições democráticas e republicanas em um Estado de Direito.

Por todo o exposto, compreende-se que os valores constitucionais não impedem o exercício do instituto da reeleição em nosso Estado Democrático de Direito.

Porém, compreende-se que impor condição de elegibilidade mais rigorosa aos membros do Poder Executivo, a fim de impedir-lhes a reeleição para mais de um mandato subsequente, pela simples condição administrativa correlacionada à sua função política (consubstanciada, por exemplo, na decisão quanto a realização de obras) não deve ser considerada como isonômica em relação aos candidatos ao Poder Legislativo porque tal diferenciação não é compatível com a axiologia da adequada razão dos mandatos políticos e, também, porque não é compreensível a imposição de condições distintas para os mandatários políticos em um mesmo Estado Democrático de Direito – configurando-se tal distinção em imposição desproporcional e desarrazoada à igualdade do voto e do mandato político.

Além disso, compreende-se que a plena igualdade de condições entre os postulantes aos mandatos executivos e legislativos, no tocante a restrição ou não de reeleição a mandatos subsequentes, visa reforçar a igualdade de chances ou de oportunidades políticas entre os candidatos.

Todavia, como tanto a previsão de irrelegibilidade para cargos executivos quanto a previsão de reeleição para os mesmos foi implementada por meio do legislador constituinte (originário naquela, derivado nessa), não é possível afirmar que a imposição prevista no §5º do art. 14 da Constituição Federal seja inconstitucional. Pelo contrário. A imposição de restrição à reeleição é perfeitamente compatível com os princípios e valores constitucionais, conforme exposto alhures. Em especial, tal restrição demonstrou-se proporcional e razoável em face da necessidade de se possibilitar continuidade e alternância política como valores de nosso sistema democrático, i. e., a imposição do limite de reeleições para o mandatário de um cargo político executivo, além de ser mecanismo razoável para se promover a continuidade política buscada pela Emenda Constitucional, demonstra-se como meio adequado para não se vedar a alternância dos mandatários⁶⁵.

65. Quando do julgamento da Medida Cautelar na ADIn 1.805, o Min. Relator Neri da Silveira ponderou que "(...) a viabilidade de proceder-se a aferição sistemática da razoabilidade das leis, especialmente daquelas de índole restritiva, introduz uma nova dimensão ao tema relativo ao controle de constitucionalidade. Tem-se admitido que, em se cogitando de restrições a certos direitos, caiba verificar não apenas da admissibilidade constitucional da restrição eventualmente estabelecida, mas também de sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade. Escreveu, nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes: 'Essa nova orientação que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Voberhalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade e razoabilidade em sentido estrito). O pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas abstratas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado'.

Por fim, ressalte-se que o Min. Neri da Silveira, quando da relatoria do julgamento da Medida Cautelar na ADIn n. 1.805-2 (DJ), pronunciou-se no sentido de que

Se o constituinte derivado deveria ter incluído a cláusula da exigência de afastamento definitivo do titular, seis meses antes do pleito, tal como a matéria foi efetivamente discutida no Congresso Nacional, ou não, resultou isso de decisão política que não pode ser, aqui, confrontada, a ponto de alterar-se o conteúdo do preceito constitucional, por via de exegese da norma do art. 14, §5º, em vigor, da Lei Magna, a fim de, nele, introduzir exigência que o constituinte reformador não quis fazê-la. Se é difícil admitir, como sustentam os autores, que para concorrer ao mesmo cargo não há necessidade de renúncia, fazendo-se esta necessária quando o titular pretenda disputar cargo diverso (Constituição art. 14, §§ 5º e 6º), certo é que não cabe corrigir tal disposição em juízo de controle de constitucionalidade, onde a Corte desempenha função de legislador negativo e não de legislador positivo, para exigir, restringindo direitos, o que não foi estabelecido como condição pelo legislador constituinte, o qual optou, é exato, pela dispensa da cláusula do afastamento.

Nessas circunstâncias, de outra parte, não há invocar os princípios de isonomia, proporcionalidade e razoabilidade ou do pluripartidarismo, para criar, por via exegética, cláusula restritiva não desejada pelo constituinte derivado. Se o sistema restou de difícil compreensão, não é *quaestio juris* que a Corte possa resolver, mandando aplicar na interpretação do art. 14, §5º a exigência da renúncia seis meses antes do pleito,

prevista no art. 14, §6º, ambos da mesma Constituição, os quais tratam de hipóteses diversas: um rege autorização de elegibilidade (art. 14, §5º) e o outro disciplina questão de inelegibilidade, não estando o primeiro, por sua natureza, em princípio, sujeito a desincompatibilização, o que se faz mister, no que concerne ao segundo porque dispõe sobre inelegibilidade.

Destarte, face os princípios e valores democráticos e republicanos plasmados no sistema constitucional brasileiro, acredita-se que a melhor solução “política” para compatibilizar a alternância e a continuidade política seria a imposição da restrição de reeleição para o mesmo cargo político para mais do que duas vezes – independentemente de ser o cargo da esfera executiva ou legislativa, bem como de ser exercido o mandato de forma sucessiva ou não. Bem como, a ampliação da renúncia ao mandato político, como condição de desincompatibilização e de supressão de condição negativa de elegibilidade, quando o mandatário optar por concorrer a outro cargo político diverso do seu mandato para todas as hipóteses, i. e., compreende-se que se deveria ampliar a condição parcial de inelegibilidade prevista no §6º do art. 14 da Constituição Federal para todas os mandatários políticos quando houvesse o interesse de se candidatar para qualquer outro cargo político.

Deve ser mantido o tempo dos mandatos atualmente previstos na Constituição Federal? Em caso negativo, qual deve ser a nova formatação, atentando-se para o caso do Senado Federal?

Buscando possibilitar a compatibilização dos valores da alternância e da continuidade política, compreende-se que o tempo de mandato político no Brasil é razoável e adequado para a concretização desses fins – em especial, levando-se em consideração a possibilidade de reeleição para mais um mandato. Mas, se o instituto da reeleição deixar de ser aplicado no Brasil, compreende-se que o tempo de 04 (quatro) anos de mandato é insuficiente para se promover a continuidade das políticas públicas e da administração,

devendo-se o tempo de mandato ser alterado para um período entre 06 (seis) e 08 (oito) anos – período máximo identificado em razão do histórico constitucional dos mandatos dos Senadores em nosso sistema constitucional.

Porém, tomando-se como pressupostos a igualdade dos votos e dos mandatos políticos, não se compreende como compatível a distinção realizada pelo legislador constituinte para o mandato dos Senadores da República em relação aos demais mandatários de cargos executivos ou legislativos.

Inclusive, o possível argumento de que há distinção de representação entre os Senadores e os demais mandatários políticos, na medida em que aqueles representam os Estados da Federação enquanto que os demais representam os anseios dos eleitores, não justifica a concessão constitucional do dobro do tempo de mandato daqueles em relação aos demais mandatários e à própria legislatura.

Tal distinção baseia-se única e exclusivamente em interesses políticos. Interesses políticos que, também, definem se o tempo de mandato político é razoável ou não para compatibilizar a alternância política com a necessária continuidade político-administrativa no Estado brasileiro.

Assim, talvez o melhor seja unificar o tempo de mandato para todos os ocupantes de cargos políticos no Brasil e, portanto, diminuir o mandato dos Senadores para 04 (quatro) anos.

Porém, tal modificação deverá, obrigatoriamente, respeitar os mandatos conferidos aos Senadores eleitos, devendo-se o novo mandato de 04 (quatro) anos ser imposto para a eleição de novos Senadores.

PRERROGATIVA DE FORO E IMUNIDADE PARLAMENTAR

CELSO CINTRA MORI

Formado em Direito pela USP. Foi membro do Conselho do Instituto dos Advogados de São Paulo. ex-conselheiro da Associação dos Advogados de São Paulo e da Secção de São Paulo da OAB.

Ex-presidente do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados e atualmente membro do seu Conselho Diretivo. É sócio do escritório Pinheiro Neto Advogados.

Associado Efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP.

Excelentíssimo Senhor Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, Dr. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Na 10ª Reunião de Diretoria e Conselho do IASP – triênio 2016/2018, realizada em 26 de outubro de 2016, o Instituto dos Advogados de São Paulo teve a oportunidade de iniciar os debates sobre erudito Parecer de lavra do brilhante Conselheiro Luiz Antonio Sampaio Gouveia, a quem devem ser rendidas as melhores homenagens. Trata aquele Parecer do encaminhamento das discussões a respeito da posição a ser assumida pelo IASP em relação à PEC 470/2005, que propõe extinguir as prerrogativas de foro dos membros do Congresso Nacional.

Pelas judiciosas, fundamentadas e históricas razões que expõe, o Parecer do nobre Conselheiro Luiz Antonio Sampaio Gouveia propõe que o IASP advogue o arquivamento da PEC 470/2005, preservando-se a prerrogativa de foro dos deputados federais e senadores como hoje existe, com a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Ousei divergir do denso Parecer, sempre com loas à intelectualidade e sensibilidade do seu ilustre subscritor, e sustentei a opinião de que se justifica a prerrogativa de foro, mas apenas nos limites da jurisdição criminal ou civil para os atos conexos ao exercício do mandato. E não se justifica manter tal prerrogativa, ainda que limitada, como encargo da única e possível Corte Constitucional do Brasil, que não pode fazer as vezes de tribunal do júri.

Instado por Vossa Excelência a apresentar por escrito a minha opinião, faço-o agora, com a síntese que se segue, e com fundamento nas razões que anexo em articulado.

A proposta de emenda constitucional em discussão está assim redigida:

“PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 470, DE 2005.

Dá nova redação ao § 1º, ao § 3º do art. 53 da Constituição Federal e a alínea b do inciso I do art. 102.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 1º e o § 3º do art. 53 passam a vigor com a seguinte redação: ‘Art. 53 (...).

§ 1º Não se aplica às pessoas mencionadas nesta Seção o foro privilegiado. (...).

§ 3º Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após diplomação, o Juiz dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até decisão final, sustar o andamento da ação.

(...)

Art. 2º A alínea b do inciso I do art. 102 da Constituição Federal passa a vigor com a seguinte redação:

‘Art. 102 (...).

a) (...).

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

(...).

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação”

Proponho que o Instituto dos Advogados de São Paulo encaminhe sua contribuição ao processo legislativo no sentido de que a prerrogativa de foro seja limitada aos processos civis ou penais que digam respeito ao exercício do mandato, e seja exercida perante a Justiça Federal de primeira instância no Distrito Federal. Às medidas cautelares, provisórias e preventivas se deve assegurar duplo grau de jurisdição, com efeito suspensivo.

Para esses efeitos, o substitutivo da PEC 470/2015 deveria ter a seguinte redação:

“PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 470, DE 2005.

Dá nova redação ao § 1º, ao § 3º do art. 53 da Constituição Federal e a alínea b do inciso I do art. 102.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 1º e o § 3º do art. 53 passam a vigor com a seguinte redação: ‘Art. 53 (...).

§ 1º. Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante os Juízes Federais do Distrito Federal sempre que o objeto da controvérsia tiver relação direta com o exercício do mandato, ainda quando este esteja extinto.

(...).

§ 3º Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após diplomação, o Juiz dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até decisão final, sustar conjuntamente o andamento da ação e da prescrição

até ao término do mandato, nas hipóteses em que o seu andamento cause danos indevidos à atividade parlamentar.

(...)'

Art. 2º O inciso IV do art. 109 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo o §6º:

Art. 109(....)

(...)

IV - os crimes políticos, as infrações penais praticadas no exercício de mandato parlamentar federal e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções, ressalvadas as competências da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

....

§6º- As medidas cautelares, provisórias e preventivas decretadas contra deputados e senadores estão sujeitas a recurso de ofício, com efeito suspensivo e devolutivo.

Art. 3º A alínea b do inciso I do art. 102 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 102 (...).

a) (...).

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

(...).

Art. 4º Os processos em andamento na data da publicação desta Emenda Constitucional têm prorrogada a jurisdição do tribunal sob cuja competência se encontrem.

Art. 5º- Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação”

Entendo, rogando as vênias de estilo, que a situação atual é insustentável, e implica no dilema de desviar o Supremo Tribunal Federal da sua finalidade constitucional precípua, que é a de ser um Tribunal Constitucional, ou conviver com um tribunal que, com algumas exceções como o Mensalão, julga para declarar extinta a punibilidade pela prescrição ou para declinar da própria competência em razão da extinção do mandato parlamentar.

O extremo oposto, de submeter o parlamentar, para o bem ou para o mal, às idiossincrasias das comarcas de origem seria desservir ao propósito de preservar a função parlamentar contra acidentalidades. A virtude do termo médio está, segundo parece, em se estabelecer a prerrogativa em juízo federal, com duplo grau de jurisdição.

Apresenta a Vossa Excelência os meus melhores cumprimentos, muito atenciosamente.

São Paulo, 6 de abril de 2017

Celso Mori.

O acalorado debate sobre as prerrogativas de foro dos governantes se deve à intensidade, amplitude e gravidade dos fatos trazidos recentemente ao conhecimento público, relativos à concentrada proliferação de procedimentos penais contra muitos deles, pelas mais variadas condutas ilícitas. Temas de igual e relevante importância, como a preservação de independência parlamentar, o combate à sensação de impunidade e o respeito à natureza de corte constitucional do Supremo Tribunal Federal, além de outros, se entrelaçam e se discutem algumas vezes com superficialidade e quase sempre com exacerbação de paixões políticas.

Aqui se pretende examinar os vários temas correlatos na sua perspectiva fundamentalmente jurídica.

1. PRIVILÉGIOS E PRERROGATIVAS

Historicamente, privilégio sempre foi o benefício que se conferia a alguém, ou a um determinado grupo de pessoas, excluídas da aplicação da lei geral e protegidas por uma lei especial destinada a regular exclusivamente os interesses dessa pessoa ou grupo. Etimologicamente, a expressão privilégio se origina da locução *privatus legis*, que designava uma lei privada, que não se destinava ao público em geral mas a um interesse privado específico. Na organização política de Roma, em que a sociedade estava dividida em cidadãos, peregrinos ou estrangeiros e escravos, os cidadãos tinham privilégios, decorrentes de benefícios estabelecidos por leis que só a eles protegiam.

Desde a Lei das XII Tábuas (450 a.C.) se estabeleceu em Roma uma regra segundo a qual os privilégios não poderiam ser invocados no cumprimento das leis: *privilegia ne irroganto*. No Brasil a igualdade de todos perante a lei é norma constitucional, inscrita expressamente no art. 5º da Constituição Federal.¹

1. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

Nas sociedades democráticas, os privilégios, como benefícios de indivíduos ou grupos de indivíduos, foram gradativamente combatidos e abolidos. Entretanto, diferentemente dos privilégios, que dizem respeito a pessoas, as prerrogativas dizem respeito a cargos ou funções. As prerrogativas são proteções legais específicas para o exercício de determinadas funções ou cargos.

Enquanto o privilégio afronta o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei, a prerrogativa estabelece as condições especiais de que se devem cercar determinados cargos ou funções, de forma que possam ser exercidos sem turbacão ou interferências indevidas que prejudiquem os fins sociais e o interesse público a cuja satisfação se destinam. Os institutos ou categorias jurídicas do privilégio e da prerrogativa são frequentemente confundidos, porque na sua origem a prerrogativa era um privilégio. *Prae rogare*, era o privilégio que tinham determinados cidadãos de, nas assembleias políticas romanas, serem chamados (*rogatus*) antes (*prae*) dos demais para votar.

Entretanto, os conceitos privilégio e prerrogativa evoluíram em direções diversas, e se pode afirmar que prerrogativa, no direito brasileiro, é o conjunto de competências e direitos inerentes a determinados cargos ou funções de interesse público. As prerrogativas são estabelecidas por lei exatamente para assegurar que o cargo ou função pública possam ser exercidos em toda sua plenitude, sem embaraços. Quando se diz que o juiz e o árbitro têm a prerrogativa de julgar, significa que só o juiz e o árbitro podem, por força da natureza de suas funções, produzir julgamentos com efeitos jurídicos. As prerrogativas do advogado, do prefeito, do vereador ou do deputado, dizem respeito às competências exclusivas inerentes a cada um desses cargos ou funções e à proteção operacional desses cargos ou funções para que possam ser exercidos segundo o interesse público pelo qual foram legalmente criados.

A "Constituição Política do Império do Brasil", de 25 de março de 1824, em seu artigo 179, XVI, estabeleceu que "*ficam abolidos todos os Privilégios, que não forem essencial e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade pública*".

A precisão e alcance dessa norma da nossa primeira Constituição ficam com clareza as diretrizes da distinção entre privilégios e prerrogativas. Privilégios, como benefícios pessoais foram abolidos em nome da inviolabilidade dos direitos civis e de cidadania, capítulo da Constituição em que se inseriu o mencionado dispositivo. Mas, as prerrogativas de funções são ressalvadas como privilégios dos cargos públicos. A norma constitucional foi incisiva. Para subsistir sob a forma de prerrogativa do cargo o privilégio haveria de cumprir três requisitos (i) ser essencial ao cargo; (ii) estar inteiramente ligado a ele; e, (iii) corresponder a uma utilidade pública.

Os cargos de governantes e as funções parlamentares não conferem privilégios pessoais. O fato de uma pessoa ser governante ou parlamentar não a torna desigual em sua cidadania, nem para beneficiá-la, nem para prejudicá-la no conjunto e em cada um dos seus direitos e obrigações. Entretanto, tais cargos e funções, como inúmeros outros cargos e funções de utilidade pública previstos em lei, trazem em si mesmos necessidades essenciais de proteção ao seu livre exercício no interesse público, que tomam a forma de prerrogativas.

2. IMUNIDADE

Dentre as prerrogativas de determinados cargos ou funções se inclui a imunidade para determinados fins e dentro de determinados limites, de quem os exerça. Imunidade, ou a condição de estar imune, significa não estar sujeito a uma determinada patologia, processo ou sanção. A origem da palavra imune está na junção do prefixo latino *in*, que significa negação, com a expressão latina *munus* que significa dever, ônus ou encargo. Imune quer dizer sem o múnus. Estar imune é estar protegido de forma a não sofrer um determinado ônus. Na linguagem médica a imunidade é uma condição de resistência absoluta a determinada doença ou ao ataque de determinados vírus ou bactérias. Na linguagem jurídica a imunidade é a condição de não estar sujeito a determinados processos ou sanções, em razão do cargo ocupado ou da função exercida. Nesse sentido se fala em imunidade diplomática, imunidade política

ou imunidade funcional. Nas biociências, a imunidade é sempre limitada a um determinado campo ou a um determinado tipo de patologia, relacionado a um determinado tipo de vírus ou bactéria. Na ordem jurídica a imunidade é uma prerrogativa da função ou cargo, que constitui exceção à regra geral de igualdade de todos perante a lei, e por isso só pode ser interpretada restritivamente, limitada a determinadas circunstâncias da função ou cargo e às ameaças específicas que essa função ou cargo possam sofrer.

A imunidade, portanto, ocorre e é exercida na ordem individual, mas não é um privilégio do indivíduo. É uma prerrogativa da sua função ou do seu cargo. Começa e termina com o cargo ou a função. Tal como se preconizava na Constituição brasileira de 1824 a imunidade se circunscreve a fatos que dizem respeito à essência do cargo ou função aos quais devem estar inteiramente ligados por utilidade pública.

O juiz, o promotor, o advogado, o auditor fiscal e outros profissionais no exercício de cargos e funções de utilidade pública se vêm obrigados a fazer juízos de valor, análises, acusações ou defesas de comportamentos de terceiros, que em outras circunstâncias poderiam ser consideradas como ofensa à honra, nas modalidades de calúnia, injúria ou difamação. Ou poderiam ser geradoras de responsabilidade civil pelos danos materiais decorrentes. Mas, esses profissionais têm imunidades inerentes a essas atividades. Não podem ser processados pelo fato de, no exercício de suas atividades profissionais fazerem incursões nas esferas de privacidade de terceiros, ainda que isso cause, ou contribua para causar a terceiros determinados ganhos ou perdas de ordem patrimonial ou moral. Da mesma forma o governante e o legislador só podem exercer plenamente suas funções se tiverem imunidade para, no seu exercício regular, estarem protegidos de sanções ou penalidades pelo fato de fazerem aquilo que seus mandatos exigem que façam.

As imunidades civil e penal são das mais importantes prerrogativas das funções públicas a que a lei as confere.

3. INTERESSE PÚBLICO NAS PRERROGATIVAS DO MANDATO

O mandato político, seja aquele outorgado ao governante executivo, seja aquele outorgado ao legislador é condição essencial para a existência de democracia representativa. É da natureza do mandato parlamentar que o outorgado pelo voto popular atue, por conta e ordem do eleitor, no exercício de todas as atividades que lhe são facultadas ou impostas pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. Na ordem política das democracias, o mandato parlamentar é uma procuração outorgada pelo eleitor para que o eleito participe, em nome e por conta do eleitor, de todas as fases e incidentes do processo legislativo, que inclui manter, revogar e elaborar leis, seja em circunstâncias de conflito e confronto de interesses ou opiniões, seja em circunstâncias de construção de vontades comuns.

Para que possa fazer isso com eficácia, isto é, com a possibilidade e a expectativa realista de alcançar os objetivos a que se dedica, o parlamentar precisa ter prerrogativas de opinião, de palavra, de informação, de voto e todas aquelas de que dependa a atividade que lhe é constitucionalmente atribuída. O interesse na existência e salvaguarda dessas prerrogativas não é apenas, e nem principalmente, do parlamentar. O interesse é principalmente do seu eleitor, que lhe outorgou o mandato, e do conjunto dos eleitores que têm a legítima expectativa de que os eleitos cumpram livremente e sem obstáculos as funções para as quais foram eleitos. Esse interesse é público. Dele compartilham até mesmo os não eleitores, e todos aqueles que, na sociedade e no país tem interesse na fluência e vigência dos princípios democráticos de preservação e funcionalidade do poder político.

A realidade brasileira tem demonstrado que, em distorção do sentido jurídico do mandato, muitos parlamentares atuam em conflito de interesses, constituindo ou garantido para si prerrogativas que não são inerentes ao interesse público no exercício do mandato. Muitas vezes as prerrogativas irrogadas, especialmente de benefícios econômicos pessoais, são

francamente contrárias ao interesse público que deveria estar representado. Mas, este é um outro assunto, a ser tratado em outras circunstâncias. Para o que interessa diretamente a este texto, vale a afirmação de que as prerrogativas do parlamentar que digam respeito essencialmente à possibilidade e necessidade de exercício pleno do mandato a benefício do interesse público são, por consequência lógica e inevitável, de interesse público.

4. INTERESSE PÚBLICO NA IMUNIDADE DOS MANDATÁRIOS

De igual sorte, a imunidade civil e penal do parlamentar é de interesse público. Como já se disse, dentre as prerrogativas do mandato avulta a imunidade parlamentar. O legislador não pode ser responsabilizado civilmente quando, na elaboração de leis, causa prejuízos ou ganhos a determinados segmentos da sociedade. Quando o legislador diz que determinadas atividades econômicas, até então admitidas como lícitas, passam a ser proibidas pela lei, não pode ele ficar sujeito a indenizar todos aqueles empreendedores que, como decorrência direta e imediata da função legislativa, perderão os seus investimentos feitos anteriormente na atividade recém proibida. Também a imunidade penal é essencial para garantir que o legislador não será punido por expressar sua opinião a respeito de qualquer ato ou fato de interesse público, ou propor, ou se opor, defender ou criticar, votar ou não votar determinadas matérias.

A imunidade parlamentar é inerente e vinculada ao mandato. Quando o parlamentar atua por força e dentro dos limites do mandato, a imunidade deve ser total. É do interesse do mandante que o mandatário tenha a liberdade de atuar no cumprimento do mandato, e possa fazê-lo sem ser acusado de praticar crime ou ser chamado a responder pelas consequências de seus atos de mandatário.

Em reconhecimento e garantia desse interesse público, a Constituição Federal diz que os parlamentares são invioláveis:

“Art.53 Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”

A expressão inviolável conota a intensidade da imunidade, que é civil e penal. A função parlamentar é justamente a de emitir opiniões, fazer uso da palavra e votar. A imunidade está limitada aos atos ou omissões praticados no exercício da função parlamentar. Trata-se aqui da imunidade em razão da matéria de que cuida o parlamentar. Quando a matéria objeto de exame na perquirição de responsabilidade civil ou penal disser respeito diretamente à sua atividade parlamentar, o deputado ou senador estará isento de responsabilidade. Essa é a imunidade material. Relaciona-se ao conteúdo da conduta, que deve ter pertinência direta com o mandato. Protege-se o interesse público na atividade estritamente política de pleno exercício do mandato.

A imunidade se aplica tanto para os atos praticados diretamente no exercício do mandato, ou *in officio*, quanto aos atos praticados em conexão direta com o mandato e durante o seu termo, *propter officium*. A proteção ocorre se o parlamentar estiver na tribuna da casa legislativa exercendo o seu ofício, ou se estiver em uma emissora de televisão, relatando ou defendendo os atos de seu ofício.

A proteção é da atividade parlamentar. Em razão disso, o parlamentar que esteja afastado de suas funções não pode invocar a imunidade por atos praticados durante o seu afastamento. Mas, aquele que esteja afastado, temporária ou definitivamente, pode sempre invocar a imunidade que diga respeito aos atos que praticou quando estava no exercício do mandato. Porque, repita-se e enfatize-se, a imunidade é uma prerrogativa da função e não é um privilégio pessoal. O parlamentar afastado temporariamente continua a ser deputado ou senador. Mas, não pode invocar a inviolabilidade para os atos estranhos à sua atividade parlamentar, porque a prerrogativa não é direito personalíssimo seu. É garantia da função que exerce. Por outro lado, aquele que já não é parlamentar, que não se reeleger, pode invocar a

imunidade em defesa dos atos que praticou no exercício do mandato que exerceu como parlamentar. A garantia de imunidade existe para proteger a amplitude, eficácia e liberdade da função parlamentar, a benefício do interesse público que tal função compreende.

A imunidade não corresponde, entretanto, a uma completa ausência de múnus ou de ônus. Não é uma isenção universal. Limita-se à responsabilidade civil e penal. Quando o deputado ou senador, no exercício de seu mandato ou fora dele, praticar ato incompatível com o decoro parlamentar, poderá ser chamado a responder pelos seus atos e sofrer as penalidades gradativas que poderão chegar à perda do mandato:

“Art. 55 Perderá o mandato o Deputado ou Senador

.....

II- Cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

O decoro é expressão aberta, a ser definida pelo regimento de cada casa legislativa, mas também pode ter a sua tipificação definida em lei. O §1º do art. 55 da Constituição cuida expressamente das duas hipóteses:

“Art. 55

§1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.”²

Portanto, àquilo que se contiver no regimento interno como exigência de decoro parlamentar, se somam, sem prejuízo de outras, duas hipóteses de

2. Discuta-se a concordância verbal, uma vez que duas hipóteses de quebra do decoro, (i) o abuso das prerrogativas e, (ii) a percepção de vantagens indevidas são incompatíveis com o decoro parlamentar, mas não se tenha dúvida de que são duas hipóteses diversas e autônomas.

violação do decoro decorrentes de definição legal: o abuso das prerrogativas e a percepção de vantagens indevidas.

Os atos de violação do decoro podem ou não constituir atos típicos de responsabilidade civil ou responsabilidade penal. As responsabilidades civil e a penal estarão afastadas por definição legal, se o ato for praticado como condição inerente ao exercício do mandato. Mas, se o mesmo ato objeto da imunidade for também um ato de quebra de decoro, incidirão as consequências desta.

No caso do abuso de prerrogativas haverá uma natural dificuldade em se definir o que seja e o que não seja o uso normal das prerrogativas. A linguagem mais veemente, agressiva, desrespeitosa ou chula utilizada em um discurso político proferido na casa legislativa certamente terá o seu exame circunscrito à ocorrência, ou não, da quebra do decoro.

A percepção de vantagens indevidas, entretanto, como a venda de voto ou a venda de tempo de manifestação assegurado ao parlamentar, constituirá uma violação do decoro, porque assim está definida no §1º do art. 55 da Constituição, mas poderá também constituir crime e hipótese de responsabilidade civil não protegidos pela imunidade parlamentar, porque não se trata de ato inerente a ela. Bem ao contrario, compromete e viola o interesse público que fundamenta toda e qualquer prerrogativa, e especialmente a prerrogativa de imunidade.

A imunidade em razão da matéria convive com a imunidade processual. Imunidade material é a prerrogativa de não ter consideradas como geradoras de responsabilidades civil ou penal determinadas condutas que, em outras circunstâncias alheias ao mandato parlamentar seriam consideradas como geradoras de tais responsabilidades. A imunidade processual corre em paralelo. A imunidade processual é a prerrogativa de não ser submetido a processo, no caso da imunidade processual absoluta, ou de só ser submetido a processo depois de superadas determinadas barreiras restritivas do processo, no caso da imunidade processual relativa.

A imunidade processual do presidente da República esta inscrita na atual Constituição Federal:

“Art.86

§4º- O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.”

Não está no escopo deste texto analisar a imunidade processual do presidente da República. Fica, entretanto, o registro de que essa disposição inova o tratamento do tema, sem registros de dispositivo precedente em textos constitucionais brasileiros. Com ela, consideram-se três categorias de ilícitos praticáveis pelo presidente da República: (i) os crimes comuns praticados no exercício do mandato, (ii) os crimes de responsabilidade praticados em atos inerentes ao exercício do mandato, de que tratam o art. 85 e o caput do art.86 da Constituição, e (iii) os atos de responsabilidade estranhos ao exercício de suas funções, de que trata o citado §4º do art. 86 da Constituição.

A interpretação republicana desse dispositivo certamente é a restritiva, não se podendo imaginar que haja uma imunidade absoluta para todos os atos estranhos ao exercício das funções.

Para esses ilícitos e enquanto durar a imunidade processual do presidente, suspende-se a prescrição (RTJ114/136).

Em outra mão de direção, foi reformulada pela atual Constituição a imunidade processual de que se beneficiavam as funções parlamentares de deputados e senadores. Na Constituição de 1946, as funções de deputado e senador conferiam imunidade criminal relativa:

“Art.45- Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.”

Havia imunidade relativa para o processo penal, que, entretanto, podia ser afastada pela respectiva casa legislativa. Essa prerrogativa não subsistiu na Constituição de 1967, cujo artigo 32 reduziu substancialmente as imunidades processuais dos congressistas.

Em sua redação original, a Constituição de 1988 assegurava aos parlamentares a imunidade processual relativa. A instauração de processo penal dependia de autorização da respectiva casa legislativa. Entretanto, essa norma foi alterada pela Emenda Constitucional 35/2001. A disposição que cuida da imunidade processual dos congressistas na atual Constituição está assim redigida:

“§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em

razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.”

Em síntese, os parlamentares, salvo o flagrante de crime inafiançável, não podem ser presos preventiva ou provisoriamente. Podem, entretanto, ser presos em cumprimento de sentença judicial exequível.

Quanto à imunidade processual penal, inverteram-se as fases. Não há imunidade que impeça a instauração do processo criminal. Este poderá, entretanto e em determinadas circunstâncias e ritos, ser suspenso por iniciativa de partido político e por deliberação da maioria dos membros da respectiva casa legislativa. Em termos práticos, impedir o início de um procedimento penal era relativamente fácil e mais tolerado pela cultura política até recentemente vigente, que sempre conviveu com o mau corporativismo. Hoje é muito mais difícil, pelas consequências políticas, a casa legislativa suspender um procedimento penal em curso, no qual já se tenham produzido evidências da eventual existência de crime e do *fumus boni juris* do interesse público no julgamento.

5. PRERROGATIVA DE FORO

A prerrogativa de foro é o direito de responder a processo em determinado foro diverso daquele que, segundo as regras gerais de processo seria o foro natural. Em tempos medievais, a prerrogativa de foro poderia ser, como era na Inglaterra, um reconhecimento de distinção de classe social. Na Carta Magna de 1215 os barões e o clero estabeleceram que os julgamentos seriam feitos perante juízes da mesma classe social a que pertencessem os réus:

“Art.48- Ninguém poderá ser preso, ou detido ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país” (Carta Magna)

O julgamento era feito pelos pares sociais dos réus. Assim, o clero era

juogado pelo clero e os nobres pelos nobres, o povo pelo povo, cada classe com o foro de sua prerrogativa.

Em tempos modernos, para que esse direito não se torne em execrável privilégio, deve estar fundado em uma razão de interesse social. As três razões mais comumente aceitas como de interesse social para definir a prerrogativa de foro estão fundadas (a) em circunstâncias de ordem econômica,³ (b) em circunstâncias de melhor conveniência prática para a apuração dos fatos⁴ (c) em especialização do juízo⁵, e (d) no interesse de preservar a imparcialidade do julgamento, especialmente ante o risco de emoções manifestadas pela opinião pública se sobreponem à racionalidade das normas legais, na formação da convicção do julgador⁶.

O quanto já se expos neste texto evidencia que os deputados e senadores podem ser processados civil e criminalmente por ilícitos praticados antes, durante, e depois do exercício do mandato. Só não podem ser condenados, nem civil nem criminalmente, nem antes e nem depois do termo do mandato, pelos atos praticados no exercício do mandato, com a imunidade que decorre da utilidade e interesse público das funções essencialmente parlamentares.

Fixada a premissa de que em algumas circunstâncias os deputados e senadores podem ser processados, cumpre indagar se os mesmos se submetem à mesmas regras de competência de foro a que se submetem todos os cidadãos, ou se gozam de alguma prerrogativa de foro. A resposta

3. O Código de Defesa do Consumidor concede a prerrogativa de foro à parte economicamente vulnerável.

4.O Código de Processo Penal dá preferência para o foro em que tenham ocorrido os fatos investigados como crime.

5. Em vários tribunais, entre várias câmaras ou turmas de competência concorrente, a prerrogativa é das que detenham especialização na matéria a ser julgada.

6.O Código de Processo Penal (art.427) confere prerrogativa ao foro diverso daquele de ocorrência dos fatos, quando estiver em risco o julgamento imparcial.

é afirmativa. Por disposição Constitucional os deputados e senadores devem ser processados perante o Supremo Tribunal Federal:

“Art. 53.....

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.”

Os deputados e senadores têm, pois, em razão dos cargos que ocupam e das funções que exercem, prerrogativa de foro. Essa prerrogativa, entretanto não é universal nem absoluta. Primeiramente, registre-se que a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal é primordialmente para os processos que sejam movidos contra o parlamentar. Refere-se o dispositivo aos processos a que o parlamentar se deva submeter, como polo passivo. Não quer isso dizer que essa competência não se estenda a hipóteses em que, em defesa da sua condição parlamentar, o deputado ou senador tome a iniciativa do impulso processual. Pode acontecer, mas será mais rara vez.

A questão polemica que se impõe à análise é o efetivo conteúdo e extensão dessa norma. Deveria prevalecer, segundo penso e parece fazer sentido, o entendimento de que a competência do Supremo Tribunal é exclusiva nos casos em que o parlamentar esteja sendo acusado de ilícito que tenha relação com o cumprimento e a eficácia do mandato. Não é assim, contudo. Enquanto escrevo este texto os jornais noticiam que um senador, acusado pela mulher de a haver surrado de cinta enquanto a amante ouvia os gritos pelo telefone, será processado criminalmente perante o Supremo Tribunal Federal.

A conclusão é a de que atualmente os deputados e senadores têm prerrogativa de foro, de que decorre o direito de só serem processados criminalmente perante o Supremo Tribunal Federal.

Três questões surgem em face dos fatos atuais: a primeira, é saber se a prerrogativa de foro corresponde a algum interesse público que justifique sua

subsistência. A segunda, e a ser mantida, é saber qual a extensão adequada para a prerrogativa de foro. A terceira é a de se saber se a prerrogativa deve significar manter-se a competência do Supremo Tribunal Federal, ou se a prerrogativa se deveria exercer em outro tribunal.

6. FATO, VALOR E NORMA

O Direito é o conjunto de normas escritas ou não escritas, reconhecidas pelos legisladores e pelos tribunais como aptas a regular as relações sociais de forma justa. Valho-me da teoria tridimensional do Direito, do mestre Miguel Reale. A forma justa de se regular as relações sociais implica em que o fato social, a norma que o regula e os valores que a sociedade deseja preservar estejam adequados uns aos outros em justa medida. Justiça é a justa medida do fato, do valor e da norma de forma que se organizem em um conjunto justaposto, sem sobras nem faltas.

As normas, especialmente as escritas, são relativamente estáticas, com alguma flexibilidade que lhes possa ser dada pela interpretação. Os fatos são dinâmicos e estão em constantes mutações de toda ordem. A consequência natural e nada surpreendente é a de que, de repente, a sociedade se dá conta de que há uma nova realidade social em relação à qual a antiga norma já não é capaz de preservar os valores desejados. A flexibilidade semântica permitida pelas regras de interpretação permite que a vida útil da norma se prolongue. Mas, não raro, o desajuste entre os fatos sociais, a norma e os valores exige modificações. Ou se mudam os fatos, ou se mudam os valores, ou se muda a norma, para reajusta-los entre si, ou o Direito irá fracassar no seu impulso em direção ao justo.

Os fatos, especialmente os fatos políticos de caráter e repercussão nacional não se mudam nem fácil nem rapidamente. Mudam-se por processos culturais com os quais a norma interage, mas sempre de forma gradual. As normas também não se mudam sem resistências, conflitos de interesses, erros de intenção e disputas ideológicas. E os valores evoluem ou involuem, segundo os rumos dos desejos sociais estratificados.

O que proponho como método é que se analisem os fatos na sua real dimensão, para que a sociedade decida se quer conviver com eles, se os tolera e aceita ou mesmo festeja, ou se os quer modificar. Na hipótese de querer modifica-los, o método deveria levar à etapa seguinte, de identificação dos valores que se quer preservar e fortalecer. Conhecidos os fatos, a estabilização ou a modificação deles que se pretenda, e conhecidos os valores sociais que devem guiar a estabilização ou modificação dos fatos, é possível pensar quais as normas mais adequadas para que essas três dimensões se ajustem, sem excessos ou faltas em nenhuma medida.

7. OS FATOS

Quando foi elaborada a norma constitucional de competência do Supremo Tribunal Federal para julgar deputados e senadores os fatos sociais eram completamente outros. Não se aventura este texto a fazer a análise dos últimos cinquenta anos da vida política brasileira, em que a descentralização do poder se fez acompanhar pela descentralização das virtudes e dos vícios dos que exercem o poder. Cabe aos sociólogos e outros estudiosos responder porque as massas que afluíram aos centros de poder não conseguiram, ou não pretenderam, corrigir os vícios da aristocracia política que o dominava, preferindo expandir tais vícios de forma que os pudessem compartilhar.

O fato é que, no ano de 1987, imediatamente anterior à promulgação da Constituição em que se assegurou a prerrogativa de foro para deputados e senadores no Supremo Tribunal Federal, este tinha pendentes de julgamento um número infinitamente menor do que os processos que tem hoje. Só esse dado, em boa parte resultante de aspectos positivos da Constituição de 1988, é suficiente para um alerta de consideração pelas efetivas competências que o Supremo Tribunal tem, ou deveria ter.

No que se refere aos processos penais contra deputados e senadores, nos primeiros cinco anos de vigência da regra constitucional de prerrogativa de foro os processos contra deputados e senadores por fundamentos ligados à atividade parlamentar eram a exceção.

Isso mudou. Não é preciso nenhum esforço expositivo para que se coloque em evidencia um novo fato social: por um conjunto de circunstancias que não há tempo ou espaço para analisar aqui, os cargos e funções parlamentares passaram a ser ocupados, em números assustadoramente crescentes, por indivíduos cujas condutas estão tipificadas na legislação civil de repressão ao ato ilícito e na legislação penal de largo espectro. As imunidades e prerrogativas parlamentares passaram a atrair deputados e senadores que precisavam delas para solucionar vulnerabilidades privadas e não para proteger as funções que iriam exercer.

Criou-se um fato novo. Hoje os procedimentos contra deputados e senadores contam-se às centenas no Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal não tem, na sua atual estrutura, condições de presidir as investigações, presidir o contraditório e julgar em tempo minimamente aceitável o volume crescente de processos contra parlamentares. Ou se ajusta a norma constitucional a esse fato novo, ou se reajusta o Supremo Tribunal Federal, ou precisarão ser revistos, e eventualmente rebaixados, os valores que a norma objetiva preservar.

8. OS VALORES

Para melhor clareza na escolha de alternativas para o atual desajuste entre fato, valor e norma, há necessidade de que se examinem os valores que se pretende preservar. Na ordem jurídica são muitos os valores. Proponho que se destaquem os seguintes, sem prejuízo dos demais.

Efetividade processual – Quando se fala de processo, de atividade processual em busca da concretização de determinados objetivos sociais, a primeira preocupação deve ser a de valorizar a efetividade processual. O processo são etapas em direção a um fim que se deseja. A efetividade processual é a capacidade do processo de realizar o fim colimado. Um processo que não chegue ao fim desejado é processo sem efetividade. O processo existe para que produza uma sentença e a sentença existe para

que seja cumprida. Processos que não se sentenciam e sentenças que não se cumprem são desconsiderações pelo valor da efetividade. O processo penal tem como fim a produção de uma sentença que declare a inocência do acusado, e o livre do estigma que o próprio processo representava, ou uma sentença que o condene e seja efetivamente cumprida. Um processo penal que termina pela prescrição é um reconhecimento necessário de frustração da expectativa de efetividade.

A efetividade do processo não está apenas no fato objetivo de absolver ou condenar o acusado, nem em fazer cumprir a sentença. A efetividade social do processo nasce com a percepção da maior parte da população de que há leis no país, de que essas leis se aplicam a todos igualmente e de que os que as desafiam são efetivamente punidos. A notória sensação social de impunidade não advém dos casos em que sentenças reconheceram a inocência do acusado. Advém dos delitos que não são sequer investigados, dos processos que se eternizam e prescrevem, e das sentenças que não são cumpridas.

Portanto, na análise dos fatos novos enumerados é preciso considerar qual a norma mais apta a produzir a efetividade do processo. Sabem todos que a efetividade depende não apenas de leis processuais adequadas, mas, sobretudo, de recursos humanos e materiais compatíveis com a complexidade e o volume de trabalho que se demanda. Boas leis se transformam em leis más, se a gestão do processo for ineficiente. Nem o Supremo Tribunal Federal nem qualquer outro tribunal do país está preparado para receber um volume considerável de novos processos de altíssima complexidade, sem prejuízo das suas funções atuais já comprometidas pela morosidade e ineficácia. A menos que as estruturas de recursos humanos e materiais sejam reorganizadas para essas competências.

Qualquer que seja a norma pela qual se pretenda enfrentar os fatos novos, a efetividade do processo é um valor a ser construído e preservado.

Celeridade processual – A celeridade integra o conceito de efetividade do processo, mas merece um destaque por si só. A morosidade do processo é

uma queixa antiquíssima⁷ e universal. A prescrição criminal tem sido no Brasil a causa mais notória da impunidade. Nos processos de qualquer natureza, justiça que tarda é injustiça que se prolonga. Até que a decisão justa chegue, a sensação é de injustiça. A celeridade processual interessa a todo aquele que tem razão. Portanto, a procrastinação só serve a quem não tem razão.

A celeridade aproxima a causa da consequência. Com isso, favorece a hipótese de que se possa, com o resultado do processo, produzir um efeito social de estímulo ou desestímulo a determinadas condutas. Quando a sentença sobrevém muitos anos após o fato que determinou o processo, esgarça-se a relação de causa e efeito entre a violação e a punição. Ou, a absolvição já não reconstrói a lesão que se causou no início à dignidade do acusado.

No caso de deputados, cujos mandatos são relativamente curtos, a demora do processo quase sempre causa a consequência de o mandato terminar antes da decisão final.

Eleger a celeridade processual como valor a ser preservado significa elaborar normas que a prestigiem. Em termos de prerrogativa de foro para os parlamentares não é realista esperar que o Supremo Tribunal Federal conseguisse imprimir celeridade aos procedimentos pertinentes. Para evitar leviandade ou injustiça, não se vai afirmar aqui que os processos sejam mais morosos no Supremo Tribunal Federal do que em quaisquer outros tribunais. Há tribunais mais rápidos e tribunais mais lentos do que o Supremo. Mas, o senso comum indica que um tribunal vocacionado para julgar teses maduras e sintéticas de conteúdo constitucional, e só raramente concebido para processos de competência originária, terá maior dificuldade e levará muito mais tempo para cuidar de processos de alta complexidade fática, de grande e controvertido protagonismo político, com produção de provas amplas de todas as naturezas, e esgotamento dos debates sobre os incidentes da lide.

7. Carta Magna: "40. A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça"

Questão intrinsecamente ligada à celeridade processual é a *perpetuatio jurisdictionis*. Parece um paradoxo, ou um oxímoro, mas para que a lide não se perpetue é preciso que a jurisdição se perpetue. As sucessivas mudanças de jurisdição têm sido a mais frequente causa de corrosão da efetividade do processo e da sua falta de celeridade. O que se tem observado é que a mesma ação judicial pode começar no tribunal de Justiça de determinado estado, porque o réu era deputado estadual, e ser transferida para o Supremo Tribunal Federal quando o réu se torna deputado federal. Mas, antes de terminar o processo o réu se elege governador, com o que o processo deve ir para o Superior Tribunal de Justiça. Nesse exemplo a questão que se coloca é crucial. Se a prerrogativa de foro é do réu, como benefício e privilégio pessoal, faz sentido que a jurisdição processual o acompanhe. Mas, se a prerrogativa de foro é do cargo, como entendo que deva ser, a jurisdição estabelecida em razão do cargo ou função que originou o processo não se pode alterar nem pelo fato de o réu se afastar de qualquer atividade, nem pelo fato de assumir outro cargo ou função.

O reconhecimento da prorrogação da competência segundo o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* é fundamental para que se resguardem a celeridade e a efetividade do processo.

Segurança jurídica – Valor incontestado, embora muitas vezes maltratado no processo, é a segurança jurídica. No tema que estamos abordando, ressaem dois aspectos da segurança jurídica. O primeiro deles é que o cargo ou a função devem ser protegidos. Para isso existe a prerrogativa de foro. O processo precisa ser uma garantia de que o cargo ou função esteja sendo ocupado por quem tenha plenas condições de defender a atuação que esteja tendo a serviço do interesse público, sem ser obstado por processos descabidos ou decisões injustas. A prerrogativa só existe para que o cargo ou função possam ser bem exercidos. Não pode, portanto ser usada de forma que se prestigiem as disfunções.

O segundo aspecto é que o ocupante probo e honesto do cargo ou função que, os exerça no interesse público, também precisa ser protegido. A criação

ou a não reparação de danos à dignidade do parlamentar honesto, induz todo cidadão honesto a refletir muitas vezes antes de ingressar na política. E deixa o campo aberto para os que não tenham motivo ou vergonha para se preocupar com a própria dignidade.

A segurança jurídica decorre da organização procedimental que assegure o devido processo legal. Os direitos e deveres das partes não podem ser desenhados artesanalmente em cada processo. São aqueles que se encontram escritos na Constituição e na lei infraconstitucional. A segurança só existe quando a lei é a mesma para todos.

Dentro da segurança jurídica um dos fatores relevantes é o duplo grau de jurisdição. Em sentido estrito, pode haver duplo grau de jurisdição em processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Basta que a primeira decisão seja tomada no nível das Turmas, e o recurso ordinário seja julgado pelo Pleno. Mas, em sentido formal o duplo grau de jurisdição exigiria decisão em instancias diversas.

Sou, entretanto, da opinião de que organizar duas fases de julgamento no Supremo Tribunal Federal teria, entre outros, o inconveniente de duplicar o trabalho que já é assombroso em termos de volume, para um Tribunal que não deveria ter a vocação de crescer. E não eliminaria a discussão doutrinária quanto a se haver, ou não, preservado o duplo grau de jurisdição.

Segurança jurídica em matéria de prerrogativa de foro é, pois, um valor construído quando se preserva a utilidade pública do cargo ou função de que decorre a prerrogativa, se assegura a dignidade do acusado e o devido processo legal, em julgamento com o duplo grau de jurisdição.

Tribunal Constitucional- Valor muito relevante a ser preservado na elaboração de qualquer nova norma é a identidade do Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional. É verdade que o Supremo Tribunal Federal não é apenas tribunal constitucional. Acumula as funções de órgão jurisdicional de mais alta hierarquia no Poder Judiciário.

A discussão acadêmica a respeito de ser, ou não ser, o Supremo Tribunal Federal um tribunal constitucional segue acirrada, principalmente entre

aqueles que entendem que um tribunal constitucional deve ser exclusivamente uma corte constitucional. O legislador constituinte brasileiro, entretanto, fez uma opção que está inscrita no art. 102 da Constituição⁸. O Supremo Tribunal Federal é, precipuamente, um tribunal constitucional. A lei, como sabemos todos, não contém palavras inúteis. Mormente a Constituição, quando se vale de um advérbio de ênfase. “Precipuamente” quer dizer exatamente que a função de guarda da Constituição não é a única, mas é destacadamente a função principal do Supremo Tribunal Federal.

Guarda da Constituição também é expressão de conteúdo indubitado. O que fazem os tribunais constitucionais é exatamente velar para que as constituições sejam cumpridas e permaneçam como organismos vivos na regência da vida das nações.

O Supremo Tribunal Federal exerce também outras atividades jurisdicionais que não são próprias de um tribunal constitucional, e estão elencadas nos parágrafos do art. 102 da Constituição. Mas exerce todas as atividades de um tribunal constitucional. É nessa função de tribunal constitucional, através de mecanismos de seleção dos seus julgamentos segundo a repercussão geral que possam ter, e de uniformização interpretativa por mecanismos de julgamentos vinculativos que o Supremo Tribunal Federal se vem firmando como uma das instituições mais importantes e mais respeitadas do país, com prestígio internacional.

Não se podem olvidar fatos inegáveis, que são a repercussão política e as paixões ideológicas e partidárias que frequentemente cercam e marcam os julgamentos de parlamentares. Os ministros do Supremo, em número reduzido, acabam concentrando em si expectativas que a população poderia ter em relação a políticos, mas não pode e não deve ter em relação a magistrados. Esse fenômeno sem dúvida expõe o próprio Supremo a um julgamento nem sempre justo da população. Um tribunal constitucional, que

8. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”

decidisse conceitos e não julgasse a existência ou inexistência de fatos ou de provas estaria preservado desse desgaste.

A identidade do Supremo Tribunal Federal como tribunal precipuamente constitucional é, sem dúvida um valor a ser preservado.

Garantias do mandato - O valor central nesta discussão são as garantias do mandato. Não se pode admitir em um país que se pretende democrático

o restabelecimento de privilégios pessoais que a própria monarquia aboliu na Constituição de 1824. O deputado e o senador não portam direitos pessoais. Portam direitos e deveres de representação inerentes à função de representantes. O que se pretende, se defende e se justifica são as garantias de que as funções de representação serão exercidas em condições que permitam ter e desenvolver opiniões, organizar-se, manifestar-se e votar sem que disso possam decorrer sanções civis ou penais. A democracia só se viabiliza se o povo e quem o representa legalmente tiverem direitos inatacáveis de opinião, voz e voto. As garantias do mandato são valor relevante a ser preservado. Faz parte das garantias do mandato a prerrogativa de foro, que permita ao parlamentar que, inocente ou culpado, se veja constrangido a se defender em juízo possa fazê-lo com os benefícios de economia de tempo e recursos, com a facilidade de produção de provas, da proteção contra paixões políticas e exacerbações da opinião pública, perante juiz de notória experiência.

9. A NORMA

Definidos os valores que se quer preservar, a indagação subsequente e natural é como melhor preservá-los. Na medida do possível, preservá-los todos, sem sacrifício de nenhum.

Parto do pressuposto de que o Supremo Tribunal Federal, desde que munido de todos os recursos humanos e materiais necessários teria todas as condições de preservar e enaltecer efetividade e a celeridade do processo, a segurança jurídica e as garantias do mandato parlamentar.

Para isso, entretanto, certamente sacrificaria em grande parte o seu papel de corte constitucional. Sacrificaria em larga extensão a própria possibilidade de o país ter uma corte constitucional uma vez que, se o Supremo não o for, nenhum outro tribunal do país o será. Todo o tempo, toda energia e todos os recursos que cada ministro e cada funcionário do Supremo dedicarem a construir e constituir um grande tribunal do júri, será subtraído da conta de recursos do tribunal constitucional que o Supremo efetivamente é, precipuamente e por definição Constitucional.

Ante essa realidade cabe indagar quais as alternativas para a norma constitucional inscrita no art.53, § 1º, que garante a deputados e senadores o foro do Supremo Tribunal Federal.

Este texto sustenta que a primeira alternativa, de todo necessária, é interpretar restritivamente o dispositivo constitucional. A ninguém ocorreria dizer que, se um deputado se desentender com o cônjuge, é razoável que seu litígio deva ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, a interpretação que faz sentido é a que reconheça que os Deputados e Senadores, “serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal” exclusivamente nos processos em que forem réus por força de atos ou fatos intrinsecamente relacionados ao cumprimento de seus mandatos.

Mesmo assim, entendo que o Supremo Tribunal Federal está sendo constrangido a uma tarefa que o desgasta politicamente, e compromete a sua função precípua de Tribunal Constitucional. Portanto, proponho que se defenda a alteração desse dispositivo constitucional, para se estabelecer que:

- a. nos processos em que forem réus em decorrência de atos praticados ou de fatos ocorridos no exercício do mandato parlamentar os deputados e senadores, ressalvadas as competências da Justiça Eleitoral, sejam julgados perante a Justiça Federal da Primeira Região, que tem sob sua jurisdição, entre outras unidades da Federação, o Distrito Federal.
- b. a competência do Supremo Tribunal Federal decorrente da atual redação do art.53, §1º da Constituição Federal para julgar deputados e

senadores cujos processos já se tenham iniciado na data da alteração dessa norma se prorrogará até final decisão dos respectivos processos. A competência da Justiça Federal decorrente da prerrogativa de foro para os processos que ali se iniciarem contra deputados e senadores se prorrogará até à última decisão das instâncias ordinárias.

Justifica-se a competência federal para decidir tais causas porque o mandato de deputados e senadores é federal. Aceita a premissa de que a prerrogativa é do cargo ou função, e não da pessoa que os exerça, a conclusão necessária é a de que se trata de defender prerrogativas de cargo ou função federal. A Constituição Federal, em seu art.109 estabelece que é da competência dos juízes federais julgar:

“Art.109

.....

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;”

Portanto, já existe uma norma constitucional estabelecendo a competência da Justiça Federal para julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União. É inegável que os cargos e funções de deputado e senador situam-se na esfera federal de interesse da União. As lesões a tais interesses se faz com prejuízo de bens e serviços da União.

10. CONCLUSÃO

Com essas considerações, entendo que o aperfeiçoamento das instituições jurídicas anda em paralelo com as instituições políticas e econômicas. A ordem social se forma pelo ordem jurídica, pela ordem econômica e pela ordem política. Tais ordens interagem entre si, de tal forma que não se recompõe uma delas se a outra estiver desorganizada.

Em momentos de crise institucional, é preciso buscar as modificações da ordem jurídica que melhor contribuam para a reorganização da ordem política e da ordem econômica, para que tudo resulte na continuidade da marcha da ordem social em direção a progressos de cultura e civilização.

Não faz sentido organizar um aparato judicial no Supremo Tribunal Federal para transforma-lo em juizado de primeira instância especificamente para julgar ilícitos penais de parlamentares. A proteção à dignidade da função parlamentar e da liberdades para o exercício desse mister superiormente relevante para a democracia pode perfeitamente ser feita pelos juízes federais, com o duplo grau de jurisdição que já faz parte do sistema. E a jurisdição territorial no Distrito Federal permite ao parlamentar se defender em local próximo ao seu local de trabalho, distante das diatribes que muitas vezes tencionam as jurisdições nas comarcas de suas bases eleitorais.

São Paulo, 6 de abril de 2017

PROPOSTA DE MODIFICAÇÃO DO NÚMERO DE DEPUTADOS FEDERAIS E SENADORES EM CADA ESTADO

FERNANDO GASPAR NEISSER

Graduado, mestre e doutorando pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Presidente da Comissão Permanente de Estudos em Direito Político e Eleitoral e Diretor de Relações Institucionais do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP) e do Instituto Paulista de Direito Eleitoral (IPADE). Membro da Comissão de Direito Eleitoral OAB/SP. Professor convidado em cursos de pós-graduação e extensão nas áreas de Direito Político e Eleitoral na Escola Judiciária Eleitoral Paulista (EJEP-TRE/SP), Escola Judiciária Eleitoral do Rio Grande do Sul (EJE-TRE/RS), Escola Judiciária Eleitoral do Mato Grosso (EJE-TRE/MT), da Escola Judiciária Eleitoral de Rondônia (EJE-TRE/RO), da Escola Superior de Advocacia (ESA-OAB/SP), Escola Nacional de Advocacia (ENA-OAB/Federal). Associado Efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP.

São Paulo, 16 de agosto de 2016.

Ilustríssimo Senhor

Dr. JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

DD. Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

Honra-nos Vossa Senhoria com o pedido de elaboração de parecer jurídico acerca da PEC nº 106/2015, para instruir a decisão do C. Conselho Deliberativo deste tradicional Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A Proposta de Emenda Constitucional nº 106 de 2015, de autoria do Senador Jorge Viana do PT do Acre preconiza a alteração dos artigos 45 e 46 da Constituição Federal para que seu texto passe a prever que a Câmara dos Deputados não poderá abrigar número superior a 385 (trezentos e oitenta e cinco) Deputados Federais e que cada Estado terá direito a apenas dois representantes no Senado Federal. A PEC ainda pretende alterar os limites mínimo e máximo de Deputados por Estado, reduzindo-os a 6 e 53, respectivamente.

A reforma ainda traz a modulação de seus efeitos, estipulando que as novas regras apenas passarão a valer para a eleição seguinte àquela subsequente à sua aprovação. Diz ainda que aqueles eleitos na última renovação de dois terços do Senado terão seus mandatos resguardados, o mesmo se aplicando a seus suplentes.

Aprovada a proposta, restaria tacitamente revogada a Lei nº 78/1993, a qual, além de reiterar os limites de 8 e 70 Deputados por Estado previsto na atual redação da Constituição Federal, determina que o número de assentos da Câmara não ultrapassará 513 (quinhentos e treze) unidades.

Assim, a PEC nº 106/15 tem por objetivo a redução do número de Senadores em 30%, do número de Deputados em 24.95%, do limite mínimo de Deputados em 25% e do limite máximo em 24.28%.

Em sua “justificação”, a proposta diz que *“é possível exercer as funções típicas do Poder Legislativo com uma estrutura mais enxuta em ambas as Casas, sem prejuízo da representatividade popular”*, questiona a relação entre o alto número de representantes e a qualidade da representação e fundamenta sua pertinência na promoção dos princípios da economicidade e eficiência, ambos centrais à boa atuação da Administração Pública.

O projeto foi apresentado em 16.07.2015, tendo sido encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça na mesma data. Em 24.02.2016 sua relatoria foi atribuída ao Senador Randolfe Rodrigues, da Rede de Sustentabilidade, autor do requerimento nº 4 de 2016, aprovado na 2ª Reunião Ordinária da Comissão, através do qual se determina a realização de audiência pública em data oportuna. Em 30.03.2016 foi juntado aos autos da Comissão o Ofício nº 313/2016 através do qual a Câmara Municipal de Santo Anastácio, Estado de São Paulo, manifesta apoio à aprovação da PEC nº 106/2016.

O tema é de extremo relevo, uma vez que afeta diretamente a formação do Congresso Nacional, sendo de rigor um posicionamento do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP quanto ao seu conteúdo.

A FIXAÇÃO DO NÚMERO DE REPRESENTANTES NO PARLAMENTO

Antes de adentrar as reflexões que informam este parecer, importa ressaltar que a estipulação do número de parlamentares que comporão o órgão legislativo é matéria que apenas em um sentido lato implica na necessidade de uma manifestação jurídica. Isso porque, caso se tenha uma concepção estritamente normativista do Direito, seu limite objetivo seria a discussão sobre a norma posta, não lhe cabendo invadir a esfera de competência reservada à decisão política.

Não se subscreve esta visão limitada do papel do Direito. Seja por compreendermos a necessidade de inter-relação entre as meditações que lhe

são próprias e aquelas advindas de outros campos, como a Ciência Política, seja por vislumbrar um espaço de diálogo inerente ao Direito, naquilo que diz respeito à formatação das instituições jurídicas e em suas consequências para a funcionalidade da sociedade.

Nesta linha de raciocínio, o debate acerca do número adequado de parlamentares para a composição do órgão legislativo pode ser visto como pertinente ao mundo do Direito, na medida em que se ponderem os efeitos que tal decisão pode trazer para as instituições.

Na seara da Ciência Política, campo originário desta modalidade de investigação, são escassos os trabalhos que estudaram a composição dos parlamentos sob a óptica de sua magnitude.

Provocado pela indagação sobre o que determina o número de assentos de um órgão legislativo, TAAGEPERA, cientista político e professor das Universidades da Califórnia (Irvine) e Tartu, publicou dois artigos paradigmáticos sobre o assunto, um em 1972¹, outro em 1989², este último em parceria com SHUGART. Dentre os vários fatores capazes de influir na magnitude do contingente de Deputados optou-se por focar o estudo na relação entre contingente populacional e número de assentos parlamentares.

Com base na análise de dados provenientes de diversos países, conclui-se não apenas haver alto grau de correlação entre dimensão populacional e número de assentos, como também que as primeiras câmaras ou câmaras baixas costumam seguir a chamada Lei do Cubo (*cube law*), cunhada originalmente por James Parker Smith em 1910.

Assim, constatou-se que o número de assentos em uma assembleia representativa (S) tende a ser próximo à raiz cúbica do contingente populacional (P), o que pode ser visualizado através da seguinte fórmula:

1. TAAGEPERA, Rein. The size of national assemblies. *Social Science Research*, vol. 1, p. 385-401, 1972.

2. TAAGEPERA, Rein; SHUGART, Matthew S. *Seats and Votes: the Effects and Determinants of Electoral Systems*. New Heaven: Yale University, 1989.

$$S=P^{1/3}$$

Questionado sobre a razão de tantos países inconscientemente adotarem números de representantes tão próximos dos indicados pela Lei do Cubo, TAAGEPERA explica que esta proporção foi alcançada através do método de “tentativa e erro”: assembleias com número de assentos excessivamente distantes daquele preconizado pela Lei do Cubo teriam se provado ineficientes³.

Isso porque a adoção da proporção característica à Lei do Cubo “*minimiza o número de canais de comunicação e, portanto, leva a máxima eficiência*”⁴.

Assim, quando na formação de novas assembleias, seus fundadores levariam em consideração experiências anteriores, para tentar definir o *design* adequado para o órgão representativo⁵. A observância de casos pretéritos levaria, desta forma, a conclusão de que aqueles parlamentos cujo número de assentos se aproxima à raiz cúbica do contingente populacional tendem a ser mais eficientes se comparados àqueles que se distanciam do determinado pela Lei do Cubo.

Outros estudos demonstram que o tamanho de um órgão representativo influencia no número de partidos⁶, minando as chances dos partidos pequenos⁷, de modo que assembleias excessivamente pequenas levam a

3. TAAGEPERA, Rein. The size of national assemblies. *Social Science Research*, vol. 1, 1972, p. 388.

4. TAAGEPERA, Rein. Predicting party sizes: the 2007 Johan Skytte Prize Lecture. *Scandinavian Political Studies*, vol. 32, n. 2, p. 240-246, 2009.

5. TAAGEPERA, Rein. The size of national assemblies. *Social Science Research*, vol. 1, 1972, p. 388.

6. TAAGEPERA, Rein. Predicting party sizes: the logic of simple electoral systems *apud* JACOBS, Kristof; OTJES, Simon. *Explaining the size of assemblies: a longitudinal analysis of the design and reform of assembly sizes in democracies around the world. Electoral Studies*, nº 40, p. 280-292, 2015.

7. TAAGEPERA, Rein. The number of parties as a function of heterogeneity and electoral systems *apud* JACOBS, Kristof; OTJES, Simon. *Explaining the size of assemblies: a longitudinal analysis of the design and reform of assembly sizes in democracies around the world. Electoral Studies*, nº 40, p. 280-292, 2015.

alto grau de desproporcionalidade⁸. Assim, parlamentos com maior número de cadeiras tendem a garantir maior grau de representatividade a grupos sociais minoritários⁹.

Foi com base nesses ensinamentos que LIJPHART, por exemplo, propôs em 1998 o aumento do número de membros da *House of Representatives* americana de 435 para 650, potencializando sua representatividade e estreitando as distâncias entre cidadãos e seus representantes¹⁰.

Ainda, a elevação do número de representantes implica na diminuição do peso individual de cada um deles no processo legislativo¹¹ e no aumento da competição por cargos privilegiados (“*mega-seats*”)¹². Por outro lado, o seu corte implica na diminuição das chances de conquista ou manutenção de posto político eletivo (“*job safety*”)¹³.

Tomando o exemplo brasileiro, verifica-se que a projeção do IBGE para

8. FARRELL, D. M. Electoral systems: a comparative introduction *apud* JACOBS, Kristof; OTJES, Simon. *Explaining the size of assemblies: a longitudinal analysis of the design and reform of assembly sizes in democracies around the world. Electoral Studies*, nº 40, p. 280-292, 2015.

9. KJAER, U.; ELKLIT, J. The impact of assembly size on representativeness *apud* JACOBS, Kristof; OTJES, Simon. *Explaining the size of assemblies: a longitudinal analysis of the design and reform of assembly sizes in democracies around the world. Electoral Studies*, nº 40, p. 280-292, 2015.

10. LIJPHART, Arend. Reforming the house: three moderately radical proposals. *Political Science and Politics*, vol. 31 (1), p. 10-13, 1988.

11. FREDERICK, 2010. Congressional representation and constituents: the case for Ganghof, S. Eppner, S. Heeß *apud* JACOBS, Kristof; OTJES, Simon. *Explaining the size of assemblies: a longitudinal analysis of the design and reform of assembly sizes in democracies around the world. Electoral Studies*, nº 40, p. 280-292, 2015.

12. MARTIN, Shane. Why electoral systems don't always matter: the impact of 'mega-seats' on legislative behavior in Ireland. *Party Politics*, vol. 20 (3), p. 467-479, 2014.

13. RIERA, Pedro; MONTERO, José Ramón. Do Turkeys vote for Christmas on Southern Europe: the tiny impact of the economic crisis on institutional reform in Spain *apud* JACOBS, Kristof; OTJES, Simon. *Explaining the size of assemblies: a longitudinal analysis of the design and reform of assembly sizes in democracies around the world. Electoral Studies*, nº 40, p. 280-292, 2015.

o momento atual aponta uma população de 206.302.977 habitantes¹⁴. Com base neste número, calculando-se sua raiz cúbica, chega-se a um número adequado de aproximadamente 590 parlamentares na Câmara dos Deputados.

Assim, sob este primeiro aspecto considerado, a redução de 513 para 385 Deputados Federais mostra-se inadequada. Nossa câmara baixa já dispõe de um número de representantes inferior àquele preconizado pelos estudos internacionais mais relevantes. Com a diminuição sugerida pela PEC, esta discrepância se tornaria ainda mais grave, apontando para uma possível disfuncionalidade decorrente da redução dos canais de comunicação entre a sociedade e o Parlamento.

Em outras palavras, nossa população comportaria uma Câmara dos Deputados com 590 representantes. Se hoje esse número já é inferior ao ideal, mostra-se impertinente a alteração contida na PEC 106/2015.

A ALTERAÇÃO DO NÚMERO DE REPRESENTANTES NO PARLAMENTO

Os trabalhos mencionados se dirigem, todos eles, ao momento inicial de definição do número de parlamentares que irão compor a casa legislativa de um Estado recém instituído, em regra fruto de uma alteração radical de sua estrutura política. Não é esse propriamente o caso aqui em debate, uma vez que a proposta em questão busca alterar um cenário já estabilizado. Assim, pertinente perquirir quais fatores de fato motivam os legisladores a modificar o número de assentos em seu Parlamento.

Há três escolas de pensamento que tentam explicar este fenômeno. A primeira dela, chamada de “escolha racional”, defende que os parlamentares têm por interesse primário a persecução do aumento de seu poder político, de

14. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em 16.08.2016.

modo que uma reforma no *design* institucional da assembleia só seria viável quando benéfica àqueles cujos votos são necessários para sua aprovação¹⁵.

A segunda escola, denominada “comparativismo sistêmico”, sustenta que, uma vez que sistemas eleitorais possuem problemas a eles inerentes, esses problemas podem causar ineficiências e mesmo levar a incontornável necessidade de reforma de seus contornos¹⁶.

A terceira e última corrente, batizada de “comparativismo histórico”, diz que reformas seriam reações das elites políticas ao descontentamento popular em relação ao sistema político vigente¹⁷.

Com base nessas teorias, pesquisadores holandeses realizaram estudo empírico¹⁸ buscando averiguar a influência não só do contingente populacional, mas também de outros fatores na delimitação do número de assentos em um Parlamento. O diferencial do estudo, além do maior número de variáveis, foi levar em consideração as diferenças entre a criação (*design*) de novas assembleias e a reforma daquelas já existentes.

Confirmou-se a observância do contingente populacional como fator balizador do *design* original das assembleias. Igualmente, provou-se que o crescimento populacional tende a levar a reformas no sentido de aumentar o número de legisladores. Contudo, não foi identificada correlação entre diminuição do número de cidadãos e diminuição dos assentos parlamentares. No mesmo sentido, o crescimento do número de partidos também tende a estimular o aumento das vagas nas assembleias, entretanto, a diminuição dos partidos não implica em reformas para sua diminuição.

15. JACOBS, Kristof; OTJES, Simon. *Explaining the size of assemblies: a longitudinal analysis of the design and reform of assembly sizes in democracies around the world*. *Electoral Studies*, nº 40, p. 282, 2015.

16. *Idem*.

17. *Idem*.

18. JACOBS, Kristof; OTJES, Simon. *Explaining the size of assemblies: a longitudinal analysis of the design and reform of assembly sizes in democracies around the world*. *Electoral Studies*, nº 40, p. 280-292, 2015.

O fator identificado como determinante para o fomento da diminuição do número de parlamentares foi a ocorrência de recessão econômica. Isso porque o corte dos assentos tende a ser percebido como *“uma pequena, porém simbolicamente significativa contribuição para a eliminação de gastos desnecessários”*¹⁹. Desse modo, em tempos de crise, a alteração no desenho parlamentar pode funcionar como um mecanismo capaz de distrair as atenções (*key jangling mechanism*), desviando-as de outras medidas impopulares, como cortes orçamentários, por exemplo²⁰.

Essa hipótese parece cair como luva no atual momento pelo qual passa o Brasil. Em meio a uma grave crise econômica e política, aparentemente o Parlamento busca desviar a atenção da população, cujas demandas precisariam ser atendidas por reformas estruturais e estruturantes.

Em toda literatura investigada, não se identificou uma única situação na qual uma crise econômica ou política tenha sido efetivamente debelada com o auxílio de medidas cosméticas como a aqui proposta.

Assim, o aporte que a doutrina pode trazer à reflexão é também negativo à alteração encampada na PEC 106/2015. Propostas de redução de número de parlamentares costumam decorrer de momentos de crise, quando a própria classe política se protege apresentando medidas ineficazes, com o intuito de desviar o foco do clamor popular por mudanças efetivas.

Como, no caso em apreço, já se verificou que a redução traria disfuncionalidade para o Parlamento, não se pode cair na tentação de aderir ao projeto, em razão da superficial leitura de uma diminuição marginal de custos.

19. JACOBS, Kristof; OTJES, Simon. *Explaining the size of assemblies: a longitudinal analysis of the design and reform of assembly sizes in democracies around the world. Electoral Studies*, nº 40, p. 283, 2015.

20. *Idem*.

DA ALTERAÇÃO DO PACTO FEDERATIVO: POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE

Diversos são os elementos que compõem o que se denomina “pacto federativo”. Sem pretensão de esgotar o tema, é indubitável que a correlação de forças entre os Estados, no que toca ao número de parlamentares a que fazem jus no Congresso Nacional, é um de seus elementos essenciais.

Tampouco se ignora que o equilíbrio federativo alcançado no momento de aprovação da Constituição Federal de 1988 encontra-se protegido pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, I. Uma leitura açodada do dispositivo poderia fazer crer que apenas a abolição da forma federativa receberia tal resguardo. Não nos parece, contudo, ser essa a melhor compreensão do tema, como também pareceu assentar o C. STF em caso análogo:

A “forma federativa de Estado” - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; [...].

ADI 2024 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ em 01.12.2000.

Deste modo, conquanto se discorde da solução dada pelo constituinte, ao fixar os limites mínimo e máximo do número de Deputados Federais em 8 e 70, é certo que a proporção ali estipulada há de ser mantida, qualquer que seja a proposta de mudança constitucional analisada.

A PEC 106/2015, contudo, apenas aparentemente mantém estável a proporção. Isso porque a redução linear no número de Deputados Federais dos pequenos estados, de 8 para 6, altera a representatividade relativa deles em relação aos Deputados Federais eleitos pelo maior estado da federação, São Paulo.

As tabelas que acompanham como anexo este parecer, construídas tendo por base, respectivamente, o contingente populacional e o número de eleitores, demonstram o argumento aqui defendido.

Ainda que sejam discretas as alterações no equilíbrio, elas existem, o que basta, em nossa compreensão, para apontar a inconstitucionalidade da PEC neste ponto. O cabimento deste tipo de questionamento é de compreensão pacífica no C. STF, como se vê abaixo:

- Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da República. - Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição. MS 20257, Rel. Min. DÉCIO MIRANDA, Rel. p/ Acórdão Min. MOREIRA ALVES, DJ em 27-02-1981.

CONCLUSÕES

Ante o exposto é que se pode afirmar, em relação à PEC 106/2015:

1. Que traz disfuncionalidade às instituições, na medida em que reduz o Parlamento a um número de membros incompatível com os padrões internacionais de representatividade;
2. Que se apresenta, justamente em um momento de crise econômica e política, como tentativa do Congresso Nacional de desviar a atenção da população em relação a temas efetivamente relevantes;
3. Que não se vislumbra possibilidade de que a alteração proposta contribua para a mitigação do cenário de crise pelo qual passa o Brasil, se não o contrário, ao agravar o déficit de representatividade atual, e;
4. Que a proposta é inconstitucional, na medida em que altera o equilíbrio federativo adotado em 1988, violando o art. 60, § 4º, I, da CR.

Por essas razões é que se recomenda ao Conselho Deliberativo e à Diretoria do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, que se manifestem de forma contrária à sua aprovação. Sendo o nosso parecer, subscrevemo-nos.

ANEXO

CONSIDERANDO O CONTINGENTE POPULACIONAL DE CADA ESTADO²¹

Fatores inalterados pela PEC nº 106/15		Cenário atual		Cenário considerando as modificações pretendidas pela PEC nº 106/15	
Único Estado afetado pelo limite máximo de Deputados	Nº de habitantes	Nº de Deputados	Nº de habitantes por Deputado	Nº de deputados	Nº de habitantes por Deputado
São Paulo	44.787.595	70	639.822,78	53	845.048,96

Fatores inalterados pela PEC nº 106/15		Cenário atual			Cenário considerando as modificações pretendidas pela PEC nº 106/15		
Estados afetados pelo limite mínimo de Deputados	Nº de habitantes	Nº de Deputados	Nº de habitantes por Deputado	Habitantes por Deputado no Estado de São Paulo/ Habitantes por Deputado no Estado	Nº de deputados	Nº de habitantes por Deputado	Habitantes por Deputado no Estado de São Paulo/ Habitantes por Deputado no Estado
Acre	817.182	8	102.147,75	626,37%	6	136.197	620,46%
Amazonas	4.004.162	8	500.520,25	127,83%	6	667.360,33	126,62%
Amapá	783.647	8	97.955,875	653,17%	6	130.607	647,01%
DF	2.976.828	8	372.103,5	171,94%	6	496.138	170,32%
Mato Grosso do Sul	2.684.619	8	335.577,37	190,66%	6	447.436,5	188,86%
Mato Grosso	3.307.018	8	413.377,25	154,78%	6	551.169,66	153,32%
Rondônia	1.788.578	8	223.572,25	286,18%	6	298.096,33	283,48%
Roraima	515.636	8	64.454,5	992,67%	6	85.939,33	983,3%
Sergipe	2.267.443	8	283.430,37	225,74%	6	377.907,16	223,61%
Tocantins	1.533.943	8	191.742,87	333,68%	6	255.657,16	330,54%

21. Dados populacionais coletados do site do IBGE (<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>) às 16 horas do dia 22.07.16.

Fatores inalterados pela PEC nº 106/15		Cenário atual		Cenário considerando as modificações pretendidas pela PEC nº 106/15	
Único Estado afetado pelo limite máximo de Deputados	Nº de eleitores	Nº de Deputados	Eleitores por Deputado	Nº de Deputados	Eleitores por Deputado
São Paulo	32.684.931	70	466.927,58	53	616.696,81

CONSIDERANDO O Nº DE ELEITORES POR ESTADO²²

Fatores inalterados pela PEC nº 106/15		Cenário atual			Cenário considerando as modificações pretendidas pela PEC nº 106/15		
Estados afetados pelo limite mínimo de Deputados	Nº de eleitores	Nº de Deputados	Eleitores por Deputado	Eleitores por Deputado no Estado de São Paulo/Eleitores por Deputado no Estado	Nº de Deputados	Eleitores por Deputado	Eleitores por Deputado no Estado de São Paulo/Eleitores por Deputado no Estado
Acre	532.325	8	66.556,5	701,55%	6	88.742	694,93%
Amazonas	2.320.325	8	290.040,62	160,98%	6	386.720,83	159,47%
Amapá	487.446	8	60.930,75	766,32%	6	81.241	759,09%
Distrito Federal	1.954.111	8	244.263,87	191,15%	6	325.685,16	189,35%
Mato Grosso do Sul	1.875.869	8	234.483,62	199,13%	6	312.644,83	197,25%
Mato Grosso	2.269.009	8	283.626,12	164,63%	6	378.168,16	163,07%
Rondônia	1.164.265	8	145.533,12	320,84%	6	194.044,16	317,81%
Roraima	324.805	8	40.600,62	1150,05%	6	54.134,16	1139,2%
Sergipe	1.540.376	8	192.547	242,5%	6	256.729,33	240,21%
Tocantins	1.037.063	8	129.632,87	360,19%	6	172.843,83	356,79%

22. Número de eleitores por Estado extraído do site institucional do TSE (<http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/consulta-quantitativo>) às 17 horas do dia 22.07.16.

PROPOSTA DE UNIFICAÇÃO DA REALIZAÇÃO DE ELEIÇÕES EM 2022

FERNANDO GASPAR NEISSER

Graduado, mestre e doutorando pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Presidente da Comissão Permanente de Estudos em Direito Político e Eleitoral e Diretor de Relações Institucionais do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP) e do Instituto Paulista de Direito Eleitoral (IPADE). Membro da Comissão de Direito Eleitoral OAB/SP. Professor convidado em cursos de pós-graduação e extensão nas áreas de Direito Político e Eleitoral na Escola Judiciária Eleitoral Paulista (EJEP-TRE/SP), Escola Judiciária Eleitoral do Rio Grande do Sul (EJE-TRE/RS), Escola Judiciária Eleitoral do Mato Grosso (EJE-TRE/MT), da Escola Judiciária Eleitoral de Rondônia (EJE-TRE/RO), da Escola Superior de Advocacia (ESA-OAB/SP), Escola Nacional de Advocacia (ENA-OAB/Federal). Associado Efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP.

São Paulo, 25 de setembro de 2016.

Ilustríssimo Senhor

Dr. JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

DD. Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

Honra-nos Vossa Senhoria com o pedido de elaboração de parecer jurídico acerca da PEC nº 45/2016, para instruir a decisão do C. Conselho Deliberativo deste tradicional Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A Proposta de Emenda Constitucional nº 45 de 2016, de autoria do Senador Roberto Muniz, preconiza a inclusão do art. 101 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevendo a realização de eleições unificadas em 2022, abrangendo os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador dos estados e do Distrito Federal, Senador da República, Deputado Federal e Estadual, Prefeito e Vice-Prefeito e Vereador.

Propõe-se, deste modo, que as eleições municipais a serem realizadas em 2020 elejam Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores para mandatos de apenas dois anos, autorizando que os primeiros busquem a reeleição no pleito de 2022, caso já tenham sido reeleitos em 2020.

Em sua justificação, a proposta defende as eleições gerais em razão de seus supostos benefícios no que toca à *"programação da gestão pública, no fortalecimento partidário, na economia das eleições e na racionalidade ideológica"*.

O projeto foi apresentado em 08.09.2016, tendo sido encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça na mesma data. Até o momento não se tem distribuição para relatoria naquela E. Comissão.

O tema é de extremo relevo, uma vez que afeta diretamente a manifestação da cidadania em sua forma mais básica – o voto -, sendo de

rigor um posicionamento do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP quanto ao seu conteúdo.

DOS ARGUMENTOS EM APOIO À PEC Nº 45/2016

A justificação da proposta ora analisada assenta-se em quatro argumentos, nenhum dos quais, com a vênia ao entendimento contrário, parece sólido o bastante para fundamentar o déficit democrático decorrente da medida.

Afirma-se, inicialmente, que a unificação das eleições e, conseqüentemente, de todos os mandatos eletivos nas três esferas federativas, permitiria uma programação orçamentária mais racional para a consecução das políticas públicas.

O argumento reverbera a crítica constante acerca das limitações impostas a cada dois anos na realização de gastos públicos, especialmente no que toca às transferências entre os entes da Federação, na medida em que se busca evitar o aproveitamento eleitoral do direcionamento de verbas públicas.

Assim, ter-se-ia um cenário de quebra na continuidade nas gestões municipais, prejudicadas pelas eleições nacionais e estaduais no meio do mandato do prefeito.

Não há sentido nessa linha de raciocínio, com renovadas vênias aos seus defensores. Faz lembrar uma excelente expressão norte-americana: *“when the tail wags the dog”*, ou, “quando o rabo balança o cachorro”. A frase é antiga e o primeiro registro que se tem notícia vem do jornal *The Daily Republican* de abril de 1872, quando se dizia que “a Convenção de Cincinnati controlar o Partido Democrata é como o rabo balançar o cachorro”.

O sentido é claro, quando algo que é acessório define o principal; quando o menos importante pauta o mais importante. É o que acontece no caso da unificação das eleições.

A interrupção de pagamentos de convênios, de celebração de contratos, de contratação mediante concurso público, enfim, a suposta paralisação da gestão, é um problema de Direito Financeiro, não de Direito Eleitoral.

Em 2000 tinha-se a mesma leitura com relação aos prefeitos que causavam graves déficits nas prefeituras em último ano de mandato. Caso se tivesse pretendido resolver o problema pela via do Direito Eleitoral, a solução passaria, necessariamente, pela abolição das eleições; assim, nenhum prefeito teria um último ano de mandato para nele prejudicar a prefeitura.

Obviamente não foi assim que se minorou o problema. Foi aprovado o art. 42 na Lei de Responsabilidade Fiscal, uma norma de Direito Financeiro, tornando improbidade esta conduta. O resultado é que hoje esse é um problema residual.

O que se quer dizer é que se a preocupação reside na boa qualidade da gestão pública, a solução passa pela alteração de regras da Lei de Responsabilidade Fiscal e, no limite, das condutas vedadas eleitorais, previstas nos arts. 73 e seguintes da Lei das Eleições. Não faz sentido proibir condutas *per se*, como contratos e convênios. É preciso punir o abuso, o que já se pode fazer pela via da investigação judicial eleitoral.

Além disso, é preciso tornar os programas públicos e as transferências deles decorrentes questões de Estado, não de governos. Não podem ser contingentes pelas alterações momentosas de gestão e pelas datas eleitorais. Para isso, há a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei da Improbidade Administrativa.

Em segundo lugar, esgrima-se uma defesa da redução de custos com a organização e realização das eleições.

A matéria foi objeto de percuciente análise pelo Min. Henrique Neves, do C. TSE, em exposição feita aos Deputados Federais membros da Comissão Especial da Reforma Política, em 09.04.2015. Na ocasião, ressaltou o ministro que os custos da Justiça Eleitoral, longe de se reduzirem, aumentariam. Como se afirmou:

Apenas com a aquisição de novas urnas eletrônicas, teriam de ser investidos mais de R\$ 1 bilhão, sem considerar a

duplicação do parque tecnológico atualmente à disposição da Justiça Eleitoral, que é necessária. Além disso, o aumento do número de seções eleitorais esbarra na dificuldade de encontrar locais adequados, assim como de trazer mais centenas de milhares de pessoas para o trabalho como mesários e fiscais.

Também quanto ao funcionamento da Justiça Eleitoral foram expostos graves obstáculos. Analisar centenas de milhares de pedidos de registro de candidatura e, talvez, um número maior de representações entre os candidatos é tarefa impossível de ser realizada, nos curtos prazos disponíveis até as eleições. A crítica é corroborada pelo próprio TSE, como deixou claro o ministro Dias Toffoli, quando esteve presente em audiência pública, também na Câmara dos Deputados¹.

A terceira linha argumentativa passa pelo suposto fortalecimento das agremiações partidárias. Sugere-se que a unificação das eleições traria maior coerência nas alianças, reafirmando a proximidade ideológica das greis partidárias.

Novamente aqui tem-se uma assertiva sem embasamento hábil a fundamentá-la. A experiência na análise do sincretismo ideológico que caracteriza nosso cenário eleitoral demonstra que o problema reside no excesso de partidos, mais do que no fato das eleições ocorrerem em datas alternadas.

Levantamento recente, veiculado pelo jornal O Globo, intitulado “Mapa das Coligações”, demonstra que mesmo em eleições simultâneas a incoerência

1. Disponível em: <<http://marqueteiros.com.br/10-04-2015-abradep-debate-eleicoes-unificadas-na-camara-dos-deputados/>>. Acesso em 25 set 2016.

é a regra². Partidos supostamente distantes no espectro ideológico buscam alianças entre si com o fito de incrementar o tempo disponível no horário eleitoral gratuito, bem como para aumentar o número de vereadores nas diversas coligações proporcionais.

Mais uma vez, o problema passa por uma restrição no regime das coligações majoritárias e pela abolição das coligações proporcionais, aberração única ao sistema eleitoral brasileiro, que se agrava na medida em que os votos conferidos podem migrar para candidatos de partidos diversos daquele que os recebeu.

Por fim, sustenta-se a proposta na ideia de respeito à soberania popular, que seria aviltada em razão do fato de que alguns deputados federais eleitos interrompem seus mandatos no curso da legislatura, para buscarem a eleição ao cargo de prefeito.

A visão de soberania popular estampada no argumento não se sustenta por dois motivos.

Em primeiro lugar, porque o voto conferido em eleições proporcionais volta-se primariamente à chapa de deputados, não a um deputado federal específico. Não por outro motivo tem-se a lista de suplentes, devidamente diplomados pela Justiça Eleitoral. Também por esta razão é que os votos conferidos a candidatos não eleitos são aproveitados em benefício do partido ou coligação, somando-se de modo a verificar o quociente partidário alcançado.

Ademais, a soberania popular é dinâmica, não estática. Assim, se um deputado federal logra eleger-se prefeito no curso do mandato que exerce, o que se verifica é uma saudável renovação da consulta ao titular da soberania, o povo, a quem cabe, de forma exclusiva, escolher os mandatários.

Assim se percebe que as razões trazidas em apoio à PEC nº 45/2016 não logram convencer de sua oportunidade, sendo o caso de analisar, em seguida, os motivos pelos quais ela se mostra, em verdade, inoportuna.

2. Disponível em: <<http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/grafico-coligacoes.html>>. Acesso em 25 set 2016.

DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À PEC Nº 45/2016

A proposta de unificação das eleições reiteradamente retorna ao debate público, mormente em momentos de crise econômica, na medida em que se propala sua capacidade para a redução de custos.

A matéria foi objeto de análise e posicionamento contrário por parte da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADep, por ocasião da publicação de sua Carta de Belo Horizonte, decorrente de seu encontro de 20.05.2015³.

O primeiro e mais grave argumento em contrariedade à proposta sob análise é a perda do direito, que hoje possuem os eleitores, de avaliar os partidos e as forças políticas em eleições intercaladas.

O processo eleitoral gera importante mobilização popular. A proposta, se aprovada, fará com que os cidadãos se afastem cada vez mais da vida pública do país, prejudicando a consolidação da cidadania e o processo histórico de educação política.

Ademais, como já apontado, a suposta redução dos custos não se confirma na prática. A Justiça Eleitoral teria sérias dificuldades em manter o padrão de excelência com o qual conduz nossas eleições, o que prejudicaria a lisura, a transparência e a boa gestão do processo eleitoral. Imaginar ser possível manter um quadro especializado praticamente inerte por quatro anos, tendo que agir com redobrado esforço no período eleitoral, é ignorar como se formam os custos no setor público.

Afinal, a parte principal das despesas reside, como sempre, no custeio dos servidores, valor que varia apenas de forma ínfima com as horas extras trabalhadas no período eleitoral. Deste modo, seria risível a redução de

3. Disponível em: <<http://www.abradep.org/publicacoes/carta-de-belo-horizonte/>>. Acesso em 25 set 2016.

custos nos anos não eleitorais, em detrimento de um acréscimo excessivo já indicado pelo Min. Henrique Neves, citado anteriormente.

De outra parte, temas fundamentais para os cidadãos, como as questões municipais, seriam relegados a um segundo plano nas eleições unificadas, ao serem tragados pelos debates nacionais, fato que já ocorre em relação à eleição para governadores. A multiplicidade de cargos em disputa tornaria a eleição confusa e um de seus mais maléficos efeitos seria a inviabilidade de obtenção, pelo eleitor, de informação suficiente para melhor decidir seu voto.

Não se poderia cogitar, ademais, de um acréscimo vultoso no tempo destinado à propaganda eleitoral, nem seria tal medida de todo desejada. Com isso, naturalmente haveria uma redução na quantidade de informação disponibilizada ao eleitor, tornando ainda mais difícil falar-se em votação consciente.

Soma-se a este inadmissível cenário o fato de que qualquer partido poderia criar uma indesejável hegemonia representativa, que se manteria, sem qualquer possibilidade de contestação nas urnas, durante todo o período de quatro anos. Afinal, é preciso reconhecer que fora do período eleitoral apenas dois “entes” tem acesso à comunicação pública: o governo, via publicidade institucional; e a imprensa.

Ano sim, ano não, com as eleições, dá-se às oposições o direito de falar, ao lhes garantir acesso à TV e ao rádio. Como não há uma divisão absoluta entre os interesses dos partidos nos âmbitos federal, estadual e municipal, é natural que aproveite-se a oportunidade para fazer a crítica a quem está no poder em qualquer esfera. E isso é essencial.

Unificando-se as eleições em única data, perde-se esta possibilidade. Quem está no governo falará sozinho por quatro anos, via publicidade institucional. Terá ou não, a depender da situação, o apoio da imprensa. Mas isso é circunstancial.

Quem está fora do poder enfrentará, quatro anos depois, um governo que se comunicou sozinho com o eleitorado por todo esse tempo. As perspectivas de troca de poder se reduzem.

Como dito alhures, a soberania popular há de se manifestar de forma dinâmica, não estática. A Democracia prevê que as forças políticas sejam reequilibradas em períodos mais curtos e não há registro de nação em regime democrático que permita a blindagem política dos seus mandatários por tanto tempo.

CONCLUSÕES

Ante o exposto é que se pode afirmar, em relação à PEC 45/2016:

- a. Que não enfrenta de forma correta as disfuncionalidades advindas do emprego eleitoral de recursos públicos nas campanhas eleitorais;
- b. Que não contribui para a propalada redução de custos com a realização das eleições;
- c. Que não concorre para melhorar o cenário de balbúrdia ideológica decorrente do regime de coligações previsto na Constituição Federal e em lei;
- d. Que retira do cidadão, indevidamente, o direito de escolha periódica e de controle sobre partidos e forças políticas, permitindo que maiorias momentosas se consolidem por períodos demasiadamente longos;
- e. Que relega a segundo plano o debate de temas essenciais ao dia a dia da população, especialmente aquelas de caráter municipal, que seriam inegavelmente tragadas em meio aos debates de ordem nacional;
- f. Que reduz a quantidade de informação disponível ao eleitor, tornando-a confusa em meio a tantos cargos diferentes em disputa,

prejudicando a busca por um voto mais consciente;

- g. Que reduz a possibilidade de alternância de poder, na medida em que beneficia os governos do turno, que disporão de quatro anos de publicidade institucional ininterrupta para propagandear seus feitos, sem o enfrentamento público que as eleições permitem.

Por essas razões é que se recomenda ao Conselho Deliberativo e à Diretoria do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, que se manifestem de forma contrária à sua aprovação. Sendo o nosso parecer, subscrevemo-nos.

ANEXO

CONSIDERANDO O CONTINGENTE POPULACIONAL DE CADA ESTADO⁴

Fatores inalterados pela PEC nº 106/15		Cenário atual		Cenário considerando as modificações pretendidas pela PEC nº 106/15	
Único Estado afetado pelo limite máximo de Deputados	Nº de habitantes	Nº de Deputados	Nº de habitantes por Deputado	Nº de deputados	Nº de habitantes por Deputado
São Paulo	44.787.595	70	639.822,78	53	845.048,96

4. Dados populacionais coletados do site do IBGE (<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>) às 16 horas do dia 22.07.16.

Fatores inalterados pela PEC nº 106/15		Cenário atual			Cenário considerando as modificações pretendidas pela PEC nº 106/15		
Estados afetados pelo limite mínimo de Deputados	Nº de habitantes	Nº de Deputados	Nº de habitantes por Deputado	Habitantes por Deputado no Estado de São Paulo/ Habitantes por Deputado no Estado	Nº de deputados	Nº de habitantes por Deputado	Habitantes por Deputado no Estado de São Paulo/ Habitantes por Deputado no Estado
Acre	817.182	8	102.147,75	626,37%	6	136.197	620,46%
Amazonas	4.004.162	8	500.520,25	127,83%	6	667.360,33	126,62%
Amapá	783.647	8	97.955,875	653,17%	6	130.607	647,01%
DF	2.976.828	8	372.103,5	171,94%	6	496.138	170,32%
Mato Grosso do Sul	2.684.619	8	335.577,37	190,66%	6	447.436,5	188,86%
Mato Grosso	3.307.018	8	413.377,25	154,78%	6	551.169,66	153,32%
Rondônia	1.788.578	8	223.572,25	286,18%	6	298.096,33	283,48%
Roraima	515.636	8	64454,5	992,67%	6	85.939,33	983,3%
Sergipe	2.267.443	8	283.430,37	225,74%	6	377.907,16	223,61%
Tocantins	1.533.943	8	191.742,87	333,68%	6	255.657,16	330,54%

Fatores inalterados pela PEC nº 106/15		Cenário atual		Cenário considerando as modificações pretendidas pela PEC nº 106/15	
Único Estado afetado pelo limite máximo de Deputados	Nº de eleitores	Nº de Deputados	Eleitores por Deputado	Nº de Deputados	Eleitores por Deputado
São Paulo	32.684.931	70	466.927,58	53	616.696,81

CONSIDERANDO O Nº DE ELEITORES POR ESTADO⁵

Fatores inalterados pela PEC nº 106/15		Cenário atual			Cenário considerando as modificações pretendidas pela PEC nº 106/15		
Estados afetados pelo limite mínimo de Deputados	Nº de eleitores	Nº de Deputados	Eleitores por Deputado	Eleitores por Deputado no Estado de São Paulo/ Eleitores por Deputado no Estado	Nº de Deputados	Eleitores por Deputado	Eleitores por Deputado no Estado de São Paulo/ Eleitores por Deputado no Estado
Acre	532.325	8	66.556,5	701,55%	6	88.742	694,93%
Amazonas	2.320.325	8	290.040,62	160,98%	6	386.720,83	159,47%
Amapá	487.446	8	60.930,75	766,32%	6	81.241	759,09%
Distrito Federal	1.954.111	8	244.263,87	191,15%	6	325.685,16	189,35%
Mato Grosso do Sul	1.875.869	8	234.483,62	199,13%	6	312.644,83	197,25%
Mato Grosso	2.269.009	8	283.626,12	164,63%	6	378.168,16	163,07%
Rondônia	1.164.265	8	145.533,12	320,84%	6	194.044,16	317,81%
Roraima	324.805	8	40.600,62	1150,05%	6	54.134,16	1139,2%
Sergipe	1.540.376	8	192.547	242,5%	6	256.729,33	240,21%
Tocantins	1.037.063	8	129.632,87	360,19%	6	172.843,83	356,79%

5. Número de eleitores por Estado extraído do site institucional do TSE (<http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/consulta-quantitativo>) às 17 horas do dia 22.07.16.

O SISTEMA POLÍTICO IDEAL PARA O BRASIL

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs - Paraná e Rio Grande do Sul, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS. Associado Emérito do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP.

1. INTRODUÇÃO

Fui honrosamente convidado pelo IASP a preparar um breve estudo que respondesse ao seguinte questionamento: *REGIME POLÍTICO - O BRASIL DEVE ADOPTAR O PARLAMENTARISMO?* Desde logo, respondo que sim.

Pessoalmente, sempre defendi o parlamentarismo e presidi, antes da Revolução de 1964, o diretório metropolitano do Partido Libertador em São Paulo, único partido parlamentarista pré-revolucionário, tendo deixado de fazer política em 1965, quando o Ato Institucional nº. 2 eliminou os antigos partidos, criando a Arena e o MDB. Não me arrependo daquela decisão que me permitiu dedicação plena à advocacia e ao magistério universitário. A experiência de 1962 a 1965, entretanto, foi interessante e rica.

Convém ressaltar que os autores divergem sobre a conformação conceitual do presidencialismo e do parlamentarismo¹, entendendo uns que correspondem a autênticos sistemas e outros a regimes jurídicos de exercício do poder. Particularmente, prefiro a expressão sistema a regime, por ser o regime uma ordenação inserida num sistema. Fugirei, entretanto, do debate semântico e concentrarei minhas reflexões nos aspectos que os diferenciam.

Com a adoção das eleições diretas, quando da redemocratização, o Brasil avançou se comparado ao regime de exceção, então, vigente. Não adotou, todavia, o melhor sistema que, a meu ver, é o parlamentar.

Apesar de ter votado, no plebiscito, pelo parlamentarismo monárquico, sem ser monarquista, o certo é que, em 1984, como solução para sair do sistema político anterior, a eleição direta era o melhor caminho. Engajei-me inteiramente na luta, que permitiu, num primeiro passo, a eleição de Tancredo Neves. A sua vitória sobre o candidato do Governo e, depois, a Emenda Constitucional nº. 26/86 geraram a mais democrática Constituição do País: a de 1988.

1. José Alfredo de Oliveira Baracho ensina: "Vimos, nas exposições aqui efetuadas, que as discussões sobre regime parlamentarista, regime presidencialista, ou, como alguns preferem, sistema presidencialista de governo, denominação citada no famoso livro de Haroldo Laski, quando ele analisa o sistema presidencialista norte-americano, suscitam algumas colocações (*Simpósio Minas Gerais e a Constituinte*, Fase I, Ed. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, abril de 1986, p. 211).

Vivemos hoje uma democracia, graças aos méritos desta Constituição que, apesar de sua excessiva pormenorização e defeitos inequívocos, traz na espinha dorsal os anticorpos jurídicos para a estabilidade das instituições e a garantia do regime democrático, assegurando os direitos individuais e o equilíbrio dos Poderes, que se autocontrolam.

Deve-se tal equilíbrio ao fato de nossa Lei Suprema ter sido estruturada para um sistema parlamentar de governo, ideal frustrado nas discussões finais do texto, em plenário da Constituinte, com o que alguns dos mecanismos de controle dos poderes, próprios do parlamentarismo, remanesceram no texto brasileiro.

2. PARLAMENTARISMO X PRESIDENCIALISMO

O sistema parlamentar de governo propicia a plenitude do exercício democrático, em face de todas as correntes de pensamento nacional poderem ser representadas nas Casas Legislativas, permitindo, por outro lado, que, nas composições que se fazem necessárias para a formação de Gabinetes, os parlamentares escolhidos pelo povo exerçam sua força de representação, na indicação, participando e controlando o Gabinete encarregado de governar o país.

Os governos de um homem só, assim como aqueles originados das absolutas e despóticas monarquias ou ditaduras, não podem conviver com o sistema parlamentar, pois neste a representatividade popular é essencial e não naqueles.

O presidencialismo, ao contrário, surge – nos modelos conhecidos, exceção feita à solução americana, que se constitui em um parlamentarismo presidencial – como versão atual das monarquias absolutas do passado.²

2. Não sem razão, Rui Barbosa se lamentava, após ter introduzido o presidencialismo no Brasil, que: “se há uma coisa a estranhar na nossa história política, pelo menos, é esta impressão causada no meu espírito, é que se há um poder forte, um poder onipotente, cujo pedido de faculdade não possa tomar a sério, um poder que só carece de ser limitado, contra o qual os direitos constitucionais têm necessidade de se rodear de novas garantias, é o Poder Executivo”, continuando “ninguém se acautela, se defende, se bate contra as ditaduras do Poder Executivo. Embora o Poder Executivo,

O Presidente, uma vez eleito, é titular absoluto e – irresponsável por seu mandato, nomeando ministros e auxiliares, sem qualquer necessidade de controle e à revelia da vontade popular – eis que o eleitor que o escolhe tem os seus direitos políticos restritos ao voto periódico e nada mais.

Com pertinência, Raul Pilla entendia ser o presidencialismo sistema de governo de “irresponsabilidade a prazo certo”. Uma vez eleito o Presidente da República, o povo deveria suportá-lo, bom ou mau, até o fim do mandato. Se muito ruim, apenas a ruptura institucional poderia viabilizar sua substituição, posto que a figura do *impeachment* é aplicável somente à inidoneidade administrativa e não à incompetência.

Contrariamente, o parlamentarismo é o sistema de governo da “responsabilidade a prazo incerto”. O governo apenas se mantém enquanto merecer a confiança do eleitor. Senão, será substituído, com a crise política encontrando remédio institucional para sua solução.

Durante a Guerra das Malvinas, a primeira-ministra da Inglaterra era obrigada a comparecer diariamente ao Parlamento para prestar contas de sua ação. Se perdesse a guerra, seria derrubada e substituída por outro ministro porque a responsabilidade é a nota principal do parlamentarismo. O presidente da Argentina, por seu lado, ofertava as informações que desejava ao povo, sem a responsabilidade de dizer a verdade, visto que se

no regime presidencial, já seja, de sua natureza, uma semiditadura” [...] “onde o governo se realiza pelo sistema parlamentar, o jogo das mudanças ministeriais, dos votos de confiança, dos apelos à nação, mediante a dissolução das Câmaras, constitui uma garantia, já contra os excessos do Poder Executivo, já contra as demasias das maiorias parlamentares. Mas, neste regime, onde para o chefe do Estado não existe responsabilidade, porque a responsabilidade criada sob a forma do *impeachment* é absolutamente fictícia, irrealizável, mentirosa, e onde as maiorias parlamentares são manejadas por um sistema de eleição que as converte num meio de perpetuar o poder às oligarquias estabelecidas, o regime presidencial criou o mais chinês, o mais turco, o mais russo, o mais asiático, o mais africano de todos os regimes” [...] “ao governo pessoal do Imperador, contra o qual tanto nos batemos, sucedeu hoje o governo pessoal do Presidente da República, requintado num caráter incomparavelmente mais grave: o governo pessoal de mandões, de chefes de partido, governo absoluto, sem responsabilidade, arbitrário em toda a extensão da palavra, negação completa de todas as ideias que pregamos, os que vimos envolvidos na organização desse regime e que trabalhamos com tanta sinceridade para organizá-lo” (em *Do Parlamentarismo, na Futura Constituição*, de Alir Ratacheski, Curitiba, 1985, p. 16-17).

sentia livre para “fabricá-la”. A derrota argentina provocou seu afastamento, por meio de ruptura institucional, à falta de mecanismos capazes de equacionarem tais crises no sistema presidencial.³

O sistema parlamentar é, por outro lado, sistema conquistado pelo povo. Nasce de suas aspirações e reivindicações. Assim foi na Inglaterra e em todos os países em que se instalou.⁴

Já o presidencialismo, pelos seus resquícios monárquicos, torna o Presidente da República um monarca não vitalício, constituindo-se em sistema outorgado pelas elites políticas dominantes, que sobre escolherem entre elas aqueles nomes que serão ofertados à disputa eleitoral, necessitam dos eleitores apenas para sua indicação. Em outras palavras, no sistema parlamentar o eleitor controla o Parlamento e este controla o governo, durante o mandato legislativo. No sistema presidencial, sobre não ter o eleitor o poder de escolha de uma gama variada de candidatos, mas somente entre os poucos elencados pela elite, sua participação política resume-se, exclusivamente, no depósito de um voto na urna e nada mais.⁵

3. Luís Alexandre Carta Winter relembra: “É necessário haver uma prestação de contas do ministério aos parlamentares, que são, afinal de contas, os representantes do povo e, é através deles que o povo deve governar. Não se pode impunemente falhar e continuar governando. Como diz Pilla: “o povo não é, como no sistema parlamentar, soberano de um dia – o dia da eleição –, mas, verdadeiramente o senhor dos seus destinos, porque, por intermédio dos representantes, a sua influência se está continuamente exercendo no governo. E, como os representantes se podem transviar, e os mandatários podem trair o mandato, o instituto da dissolução do Parlamento restabelece as relações normais entre o povo e os seus representantes. Não há, nem até hoje foi sequer concebido, mais perfeito mecanismo político que o do sistema parlamentar. É realmente a obra-prima da arte política.” (O *Parlamentarismo e a Experiência Brasileira*, 1983, p. 32).

4. Montesquieu escreveu sua clássica obra *Do Espírito das Leis*, a partir das lições de Locke e da experiência parlamentar inglesa, que tanto o influenciou. A influência parlamentar inglesa foi de tal ordem que até hoje o presidencialismo americano tem no Parlamento órgão tão forte quanto o Executivo.

5. Max Weber, em seu *Duas Vocações: Política e Científica* (Ed. UnB), ao comparar o sistema político americano com o alemão, mostra como a democracia no presidencialismo inexistente, na medida em que a escolha do candidato oficial do partido passa, necessariamente, por uma seleção eleitoral *interna corporis*, prevalecendo a força da direção sobre a ampla liberdade de escolha do povo, condicionado, mesmo nas eleições primárias, a decidir por nomes previamente indicados, sem sua participação.

O sistema parlamentar, para permitir uma corrente de mútuos controles, deve se alicerçar no voto distrital, de um lado, e no direito de dissolução do Congresso por parte do Poder Moderador, de outro. Este poder moderador existe nos sistemas parlamentares republicanos e monárquicos, sendo efetivo no republicano e dinástico no monárquico. Pode ser misto.

Na primeira estaca do sistema, o voto distrital permite que o eleitor conheça, conviva e controle o seu representante, que, por seu lado, depende da reeleição, no distrito em que vive e por que concorre, de representar condignamente aqueles que nele depositaram o voto e a confiança.⁶

Graças ao voto distrital, o Parlamento se transforma, efetivamente, na Casa de representantes de todos os segmentos e correntes do pensamento político, econômico e social de uma nação. A própria escolha, pelo parlamentar, do Gabinete que deve governar o país será sempre exercitada com a preocupação de intuir a vontade de seu eleitor. Sua participação na escolha do governo e no seu controle, em verdade, transforma-o em *longa manus* da vontade popular.

Por outro lado, o direito do Chefe de Estado de dissolver o Congresso, se este derrubar Gabinetes constituídos, com muita frequência, traz elemento de estabilização às relações entre Parlamento e Gabinete, visto que se “irresponsável” o Parlamento, poderá o Chefe de Estado consultar novamente o eleitor para saber se aquele Parlamento continua a merecer confiança de seu eleitorado.

E a própria separação da figura de Chefe de Estado da do Chefe de Governo não permite que o Chefe de Estado seja envolvido nas crises políticas, fator de equilíbrio que o presidencialismo não pode ofertar pela confusão na mesma pessoa de duas representações.⁷

6. Em nosso livro *A Separação de Poderes* (Ed. PrND e IASP) às p. 45-51, discorreremos mais longamente sobre os dois mecanismos viabilizadores do sistema parlamentar.

7. Alir Ratacheski ensina: “A apatia, a indiferença pelo que o governo faz ou vai fazer, no regime presidencialista, imprime na alma nacional sensação de indiferença e orfandade. A maioria das criaturas não sente a presença do Estado, a não ser no momento de pagar tributos. Mas essa presença faz-se madrastra. Aos poucos o cidadão vai malquerendo o vereador, o prefeito, o deputado, e, assim,

Não é sem razão que nas 21 únicas democracias estáveis que o mundo conheceu, sem solução de continuidade, de 1945 até 1984, 20 eram parlamentares e naquela única presidencial (a americana), o Parlamento é de tal forma vigoroso que derruba presidentes, ao contrário dos demais países presidencialistas em que os presidentes fecham os Congressos.⁸

Por outro lado, a experiência latino-americana, com o modelo presidencialista, é penosa, na medida em que a falta de mecanismos para solução de crises políticas tem levado todos os países, que o adoraram, a regimes pendulares, os quais vão da ditadura à democracia precária e desta à ditadura.

O presidencialismo é, portanto, um sistema tendente à democracia, mas inibido pela sua origem e pela pouca confiabilidade do homem no poder, razão pela qual não poucas vezes trabalha contra a democracia.⁹

O parlamentarismo, pela sua própria formulação de conquista popular, é sistema plenamente democrático, motivo por que, nas muitas crises por que passa, encontra sempre formas renovadas de preservação da democracia e da vontade popular.

até o Ministro do Planejamento. Político, para a maioria das pessoas, no regime presidencialista, é o embusteiro, o enganador, o falso profeta. Outro aspecto que faz do presidencialismo um regime rançoso é a sua incapacidade de ajustar-se e superar as crises. Basta um episódio "Juruna" para que o pânico se instale na alma nacional, com repercussão até nas bolsas de valores. Ao contrário, o parlamentarismo, por sua extrema flexibilidade, absorve as mais imprevisíveis situações. Se o governo não estiver em condições de enfrentá-las, pode ser fácil e suavemente substituído. Para cada nova conjuntura, ainda como afirma o saudoso estadista Raul Pilla, "terá a Nação o governo adequado: isto pode ser o Parlamento como um sensorio da nacionalidade e nele se refletirem todos os sentimentos, todas as necessidades e todos os desejos dela" (*Do Parlamentarismo, na Futura Constituição*, Curitiba, 1985, p. 28).

8. Lijphart, em seu livro *Democracies* (Ed. Yale University Press, 1984), demonstra que, com regimes mistos ou puros, são parlamentarista Canadá, Austrália, Itália, França, Israel, Alemanha, Suécia, Noruega, Japão, Holanda, Bélgica, Finlândia, Áustria, Luxemburgo, Dinamarca, Nova Zelândia, Reino Unido e Islândia, e presidencialista os Estados Unidos.

9. Norberto Bobbio, em *Teoria das Formas de Governo* (Ed. UnB), relembra que Montesquieu, por não acreditar na natureza humana, formulou a teoria tripartida para que o poder pudesse "controlar o poder". Seu desencanto com a experiência humana no governo levou-o a intuir a referida divisão.

Entre o parlamentarismo puro e presidencialismo puro colocam-se os sistemas mistos, como o francês e o americano.¹⁰

Mister se faz, todavia, rápida observação. Nos sistemas parlamentares puros, os partidos políticos se fortalecem e passam a representar as aspirações populares.

No presidencialismo puro, as estruturas partidárias são fracas, meros instrumentos institucionais para que as personalidades, nem sempre com elas identificadas, possam alçar-se ao poder.

Os partidos políticos são, portanto, instrumento do povo no parlamentarismo e das elites políticas dominantes no presidencialismo.¹¹

Os sistemas mistos parlamentaristas de que falávamos são aqueles em que se procura solução intermediária, ofertando menos participação governamental ao Chefe de Governo, que o dirige ao lado do Chefe de Estado.

Assim é que o Presidente da República, na França e em Portugal, indica determinados ministros que divergem e discutem com o chefe de governo a política que deva ser adotada para o país.¹²

A solução não nos parece ideal, na medida em que, por ser o Presidente da República não demissível e sê-lo o primeiro-ministro, nos impasses criados, se pertencentes a coligações partidárias ou partidos diversos, nem sempre encontram mecanismos de solução fácil, no arsenal jurídico-institucional.

10. Analisamos a matéria, em maior profundidade, no livro *Roteiro para uma Constituinte* (Ed. Forense, 1987).

11. José Carlos Graça Wagner, em seu livro *Os Partidos Políticos* (Ed. PrND e IASP, 1986), retrata tal realidade.

12. A Comissão Afonso Arinos pretendeu adotar sistema misto com o país sendo dirigido, no estilo espartano, por dois chefes e com dois conselhos, ou seja, o Gabinete dos Ministros Parlamentares e o Conselho de Estado do Presidente da República. A solução parece-nos perigosa pela possível desresponsabilização do governo, a partir de choques, quando divergentes as políticas sugeridas por um e por outro.

3. O CONTEXTO BRASILEIRO

O período político mais estável que o Brasil conheceu foi à época do Segundo Império, em que o país possuía o sistema parlamentar de governo. Por aproximadamente 50 anos, mesmo enfrentando uma guerra externa, a que o país foi levado sem preparação, os Gabinetes se sucederam, mas a estabilidade permaneceu.¹³

Rui Barbosa, que como visto, foi o introdutor do presidencialismo no Brasil, declarava, desconsolado 10 anos após, que preferiria a instabilidade do parlamentarismo à irresponsabilidade do presidencialismo, em “desabafo” que deveria ter feito ou fazer pensar todos os constituintes (originários e derivados) brasileiros de todas as épocas¹⁴.

13. Alir Ratachesky em *Do Parlamentarismo, na Futura Constituição* (Ed. Curitiba, 1985, p. 20), ensina: “Aos poucos, pela prática do regime, as imperfeições foram sendo expungidas e, quando adveio o presidencialismo, em 1891, nosso regime político era um dos mais invejáveis do continente americano. O Poder Executivo era exercido por um Ministério. Em 1847, foi criada a presidência do Conselho de Ministros. E graças à flexibilidade do regime, que se adapta a todas as transformações, sem golpes de Estado ou revoluções, foi possível, sob seus auspícios, consumarem-se reformas profundas na vida nacional. Não se pode ignorar, também, ter sido essa fase do exercício do parlamentarismo no país, que preparou os maiores estadistas de toda nossa história, projetando-o como uma das grandes nações da época. Foi uma escola de estadista que o presidencialismo fechou, com a implantação da Carta de 1891. Mesmo aqueles que lograram destaque, no início da República, tiveram sua formação política consolidada sob o influxo daquele período histórico”.

14. É ainda Rui Barbosa quem leciona: “discute-se hoje com muito calor, na tribuna e na imprensa, a questão de saber se, no tocante a essas instituições funestas que tornam irresponsáveis os governos, e estabelecem o predomínio da incapacidade, o remédio não seria substituir a república presidencial pela república parlamentar. Quanto a mim, apesar de tudo, hesito ainda. Mas começo a sentir que não haverá talvez nenhum outro meio de chegar, entre nós, a um governo realmente democrático fundando a responsabilidade no poder perante o povo, e chamando o mérito e a capacidade à partilha do poder, à gestão das finanças, à administração dos negócios estrangeiros e à elaboração da lei. Não se poderão adiar por muito tempo reformas tão essenciais sob pena de lançar o país na desordem, e comprometer os interesses mais caros de seu crédito e da existência mesma (em *Do Parlamentarismo, na Futura Constituição*, Alir Ratachesky, Curitiba, 1985, p. 18).

O presidencialismo no país apenas trouxe insegurança política, com períodos de ditadura real e outros de débil democracia. De 1889, quando uma quartelada derrubou a monarquia do Brasil, ao ponto de Marechal Deodoro pensar ter derrubado o Gabinete e não a monarquia, o Brasil conheceu revoluções periódicas (1918, 1924, 1930, 1937, 1954, 1957), sucumbiu à ditadura de 1930-1945 e ao regime de exceção (1964 a 1984), precisando de seis constituições para conformá-lo (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988)¹⁵.

E nestes 28 anos de Constituição, tivemos um *impeachment* presidencial e um afastamento da presidente por deliberação da Câmara dos Deputados, sobre a presidente Dilma ter dirigido o mais corrupto governo da história do mundo.

Em termos históricos, portanto, a experiência presidencialista não foi positiva e a parlamentarista não foi, de rigor, negativa, excetuando-se o “Quasimodo Parlamentar” editado, quando da renúncia de Jango.

Em termos de desenvolvimento atual, não obstante os desacertos da política econômica governamental, graças a empresários e empregados, o país mantém relativa confiabilidade externa, não obstante o esforço governamental em destruí-la. Não há, pois, razão para não se adotar o

15. Raymundo Farias de Oliveira escreve: “No Brasil, o presidencialismo foi gerado no ventre do golpe mortal desferido contra a monarquia. Portanto, nasceu de cima para baixo, foi imposto à consciência cívica da Nação arbitrariamente pelos articuladores do golpe. Não se pode negar a bem da verdade histórica, que a República sim, esta vinha sendo preconizada pelos republicanos já organizados em Partido, Clubes e Jornais. Ora, a República não precisava ser necessariamente presidencialista para sobreviver. Em verdade, a euforia e o delírio dos inimigos da monarquia diante do êxito do golpe liderado pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca contra o Império, não se desprezados os efeitos dinamitadores dos artigos e discursos de Rui Barbosa, acabaram por despertar verdadeira síndrome de imitação constitucional à grande República do Norte, onde, como já se viu, as razões históricas e políticas foram bem outras a influenciarem o invejável documento constitucional. Assim, um dos males congênitos de nosso presidencialismo é o de não ter passado pelo “processo” vivido pelos americanos do norte. Anoitecemos “parlamentaristas” – situação que vinha desde 1847 – e amanhecemos “presidencialistas” com a instauração da República” (“Males Congênitos do Nosso Presidencialismo”, jornal *O Estado de S. Paulo*, 11.1.87, p. 44).

sistema parlamentar que, por ser o mais estável no concerto das nações, representa também a forma mais democrática e civilizada de governo.

Quando se diz que o Brasil não pode adotar o parlamentarismo porque não tem partidos políticos, deve-se responder, como já mencionei anteriormente, que o Brasil não possui partidos políticos porque não adotou o parlamentarismo.

Nem se diga que, por ser um Estado Federativo, o Brasil, dificultaria o exercício dessa forma mais civilizada, pois deve-se lembrar que a Alemanha, Canadá e Austrália também o são e o parlamentarismo tem permitido a segurança das instituições, mesmo nas crises políticas, sociais e econômicas mais graves que viveram.¹⁶ Nestes países, todavia, as funções legislativas são diferentes.

No parlamentarismo, eleito um irresponsável é derrubado pelo Parlamento por um voto de desconfiança. No presidencialismo, sua derrubada, sem ruptura institucional, só se dá por meio do processo traumático do *impeachment*. Não há “voto de desconfiança” capaz de afastá-lo, mesmo que tenha deixado de ter a confiança do povo que o elegeu.

Em outras palavras, como nenhum governo administra sem a confiança do povo, o parlamentarismo encontrou os meios para, sem traumas, afastar o mau governo e substituí-lo por governos que recebam o apoio popular atual. No presidencialismo, um governo que não conta com a confiança da sociedade e abalado por toda a espécie de vícios, inclusive por atos provados de corrupção, só pode ser afastado por maioria qualificada no Parlamento. No Brasil, 2/3 dos parlamentares da Câmara e do Senado.

Por isto, a história brasileira é rica em golpes de Estado, sem contar um suicídio, um *impeachment* e outro a caminho. Ostenta, nossa República,

16. Em nosso artigo “O Direito em Frangalhos” (LTR, Suplemento Tributário nº 69/86), analisamos os males que o plano de estabilização trouxe à nação, o que só foi possível graças ao presidencialismo. Tal insensatez seria impossível no regime parlamentar, onde em nome de 130 milhões de brasileiros, um cidadão não poderia decidir o seu destino, sem ter que prestar contas.

nítida demonstração de fracasso do sistema adotado, lembrando-se que, até mesmo a monarquia, quando conviveu com o parlamentarismo, teve maior duração democrática do que qualquer período presidencialista.

Lembro que, com voto distrital (puro ou misto), Banco Central autônomo, burocracia profissionalizada, além de cláusula de barreira para criação de partidos e fidelidade partidária, com poucas exceções para mudança de legendas, todas elas com nítida conformação ideológica, o parlamentarismo funciona, como ocorre nos países desenvolvidos e emergentes, inclusive alguns com crises religiosas graves, como a Índia, ou pequeno desenvolvimento, como a Tailândia.

O Brasil, com 35 legendas – não conheço nenhum filósofo capaz de formular 35 ideologias políticas distintas – é prova inquestionável de que o sistema é propiciador de variadas negociações pouco saudáveis, na troca de cargos e favores.

Não sem razão nossa carga tributária é superior à dos EUA, Coreia do Sul, Japão, Suíça e semelhante à da Alemanha, em grande parte para atender exclusivamente aos governantes e seus amigos enquistados ou agregados às delícias do poder.

4. CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, entendo que o momento é de amadurecimento das instituições e o Brasil necessita, de uma vez por todas, abandonar aquelas que trazem resquícios das monarquias absolutas, visto que, no presidencialismo, o Poder Executivo é hipertrofiado e os Poderes Legislativo e Judiciário enfraquecidos.

Só teremos plenitude democrática e uma carta suprema mais estável se abandonarmos, definitivamente, o sistema presidencial de governo, principal causa de todas as crises políticas que vivemos no século XX e começos do XXI.

Se tivéssemos o sistema parlamentar, já há algum tempo a crise recessiva na qual estamos afundando teria sido superada. O governo Dilma constitui, pois, nítida demonstração da falta que faz o parlamentarismo.

Quando os índices de sua popularidade rondaram permanentemente a casa dos 10% é que, de há muito, o índice de confiança do brasileiro deixara de sustentá-la, algo que também há muito tempo, em sistema parlamentar de governo, teria permitido, sem traumas, seu afastamento.

De qualquer forma, a reflexão nacional que se faz sobre temática de tal envergadura é de particular utilidade, pois o brasileiro começa a plasmar com segurança sua concepção de cidadania, principalmente na concepção do combate à corrupção, esta sempre maior no presidencialismo que no parlamentarismo.

Embora quem tenha que mudar a Constituição sejam aqueles que foram eleitos pelo sistema atual e que, portanto, usufruem de suas benesses, entendo que chegou o momento de o povo brasileiro considerar o sistema parlamentar de governo para votar, nas próximas eleições, naqueles que estiverem dispostos a defendê-lo, propugnando interesses nacionais acima de interesses pessoais.

Em meus livros *Uma Breve Teoria do Poder; Uma Breve Teoria sobre o Constitucionalismo; Uma Breve Introdução ao Direito e O Estado à luz da História, da Filosofia e do Direito* exponho, com maior profundidade, os temas neste artigo, superficialmente, apresentados.

REFORMA POLÍTICA

1ª Edição | 2017

COORDENAÇÃO

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro



COLÉGIO DE PRESIDENTES
DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS
DO BRASIL



EDITORA
IASP



COLÉGIO DE PRESIDENTES
DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS
DO BRASIL



ISBN 978-85-69419-17-4



9 788569 419174



EDITORA
IASP