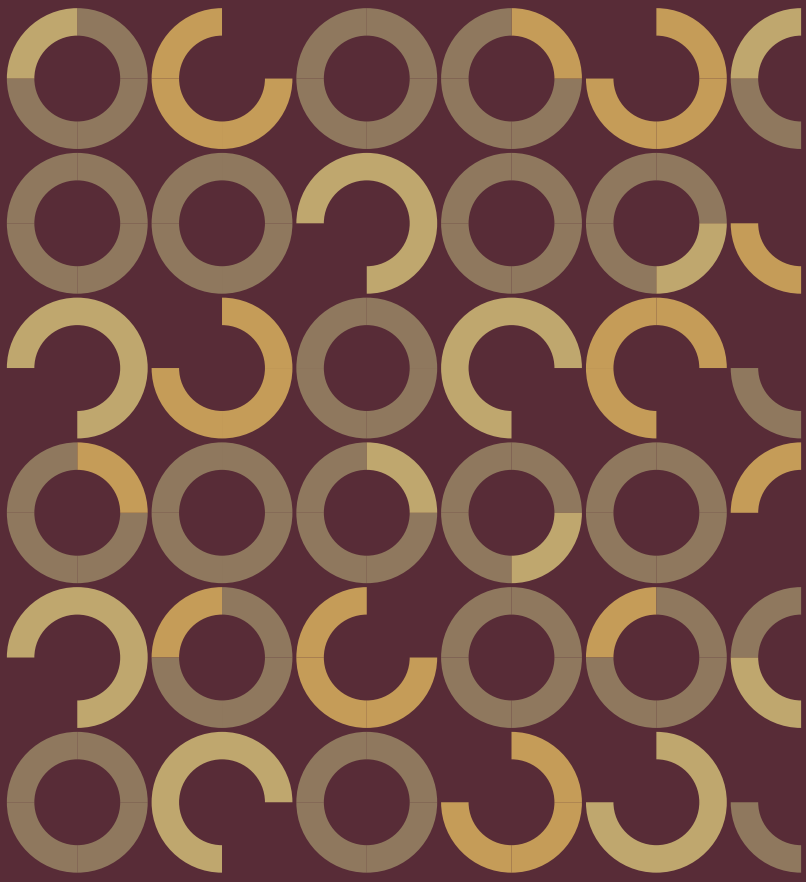
Tribunal Superior Eleitoral

ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 13 – NÚMERO 1
JANEIRO/ABRIL 2018

BRASÍLIA – 2018

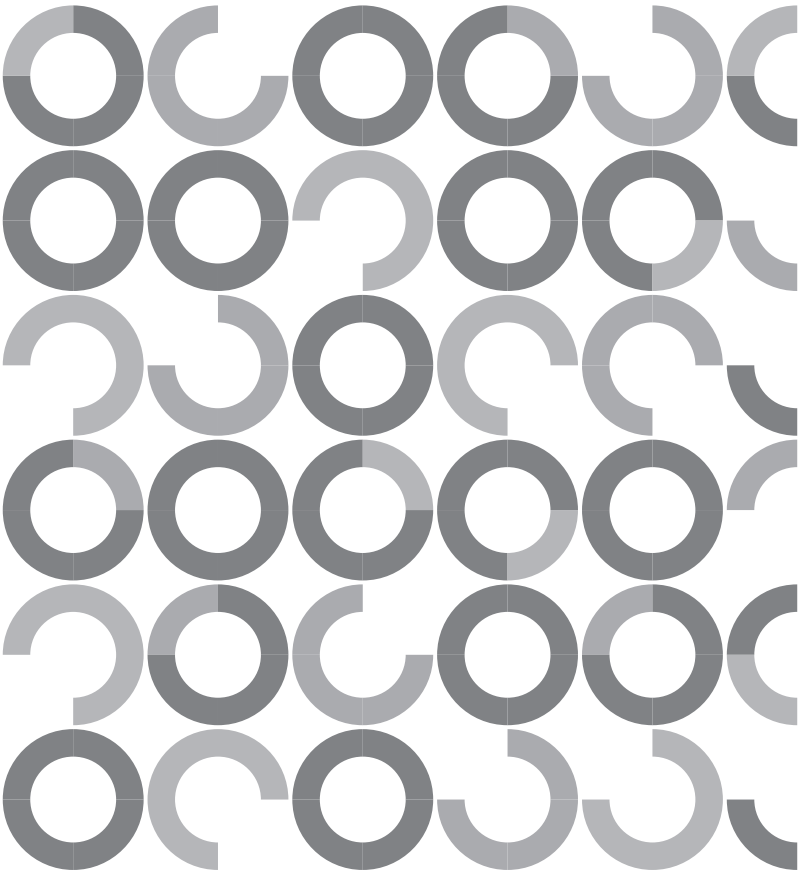


Tribunal Superior Eleitoral

ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 13 – NÚMERO 1
JANEIRO/ABRIL 2018

BRASÍLIA – 2018



© 2018 Tribunal Superior Eleitoral

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

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

Secretário-Geral da Presidência
Carlos Eduardo Frazão do Amaral

Diretor da EJE
Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Unidade responsável pelo conteúdo
Escola Judiciária Eleitoral do TSE (EJE/TSE)

Secretária de Gestão da Informação
Janeth Aparecida Dias de Melo

Coordenadora de Editoração e Publicações
Renata Leite Motta Paes Medeiros

Produção editorial e diagramação
Seção de Editoração e Programação Visual (Seprov/Cedip/SGI)

Capa e projeto gráfico
Verônica Estácio

Revisão e normalização
SGI: Harrison da Rocha e Vanda Tourinho
EJE: Caroline Sant'Ana Delfino e Geraldo Campetti Sobrinho

Impressão e acabamento
Seção de Serviços Gráficos (Segraf/Cedip/SGI)

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Superior Eleitoral. As instruções para submissão de artigo encontram-se no *link* http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revista-estudos-eleitorais.

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

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

v. ; 24 cm.

Quadrimestral.

Suspensa de maio de 1998 a dez. 2005, de set. 2006 a dez. 2007, e de maio 2008 a dez. 2008.

ISSN 1414-5146

I. Tribunal Superior Eleitoral. 1. Direito eleitoral. 2. Periódico.

CDD 341.2805

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Presidente
Ministro Luiz Fux

Vice-Presidente
Ministra Rosa Weber

Ministros
Ministro Luís Roberto Barroso
Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Ministro Jorge Mussi
Ministro Admar Gonzaga
Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Procuradora-Geral Eleitoral
Raquel Dodge

Conselho editorial

Ministro Ricardo Lewandowski
Ministra Nancy Andrighi
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Marcelo Ribeiro
Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Ramos Tavares
Antonio Carlos Marcato
Clèmerson Merlin Clève
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
José Jairo Gomes
Luís Virgílio Afonso da Silva
Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos
Marco Antônio Marques da Silva
Paulo Bonavides
Paulo Gustavo Gonet Branco
Paulo Hamilton Siqueira Junior
Walber de Moura Agra
Walter de Almeida Guilherme

Conselho Consultivo

Carlos Eduardo Frazão do Amaral
Marilda de Paula Silveira
André Lemos Jorge
Carlos Enrique Arrais Caputo Bastos
Daniel Castro Gomes da Costa
Gustavo Bonini Guedes
Henrique Neves da Silva
Luciana Christina Guimarães Lóssio
Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer
Sérgio Antônio Ferreira Victor

Composição da EJE

Diretor
Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Assessor-Chefe
Leonardo Campos Soares da Fonseca

Assessora
Fernanda de Carvalho Lage

Servidores
Ana Karina de Souza Castro
Geraldo Campetti Sobrinho
Juarez Machado Júnior
Silvana Maria do Amaral Bobroff

Colaboradores
Caroline Sant' Ana Delfino
Keylla Cristina de Oliveira Ferreira

Estagiária
Cristianne Sampaio de Oliveira

Sumário

Apresentação _____ 7

Estudos eleitorais
A distribuição do Fundo Partidário frente à questão da igualdade de acesso à disputa democrática
ALINE RIBEIRO PEREIRA
ROOSEVELT ARRAES _____ 11

A reserva de vagas no Legislativo para mulheres: ação afirmativa para a plenitude democrática
CLÁUDIA IZIDORO SAPI _____ 57

Direito Eleitoral comparado: o voto no sistema luso-brasileiro
MARCIELLY GARCIA GIBIN _____ 79

Consequências políticas do delito no Direito brasileiro e no Direito espanhol e a racionalidade das leis
OCTAVIO AUGUSTO DA SILVA ORZARI _____ 109

Mulher e política: a dificuldade da sub-representação no contexto brasileiro
THANDERSON PEREIRA DE SOUSA _____ 131

Considerações pragmáticas na fundamentação das decisões de cassação de mandato eletivo: uma análise de sua legitimidade
VINÍCIUS DE OLIVEIRA _____ 149

Estudos eleitorais na história
Dos votos válidos, dos nulos e dos em branco: definição e problemas que suscitam
AUGUSTO O. GOMES DE CASTRO _____ 171

Estudos eleitorais no mundo
Ingeniería constitucional de la independencia
Genealogía de los desarrollos constitucionales en la construcción de la independencia previa a la Constitución de Cádiz
EDGAR HERNÁN FUENTES CONTRERAS _____ 187

Apresentação

O ano de 2018 principia um período de incertezas na esfera política, assim, é notadamente importante que o debate acadêmico e democrático aconteça de forma contínua e ponderada. A responsabilidade proveniente do direito de escolher representantes políticos e a preocupação social no que se refere ao pleito concedem ainda mais relevância aos estudos eleitorais, o que torna este contexto propício para a reflexão e para o aprendizado.

Abre o presente número o artigo *A distribuição do Fundo Partidário frente à questão da igualdade de acesso à disputa democrática*, de Aline Ribeiro Pereira e Roosevelt Arraes. Na sequência, integrando a seção *Estudos eleitorais*, tem-se *A reserva de vagas no Legislativo para mulheres: ação afirmativa para a plenitude democrática,* de Claudia Izidoro Sapi; *Direito Eleitoral Comparado: o voto no sistema luso-brasileiro*, de Marcielly Garcia Gibin; *Consequências políticas do delito no Direito brasileiro e no Direito espanhol e a racionalidade das leis*, de Octavio Augusto da Silva Orzari; *Mulher e política: a dificuldade da sub-representação no contexto brasileiro,* de Thanderson Pereira de Sousa; e, por fim, *Considerações pragmáticas na fundamentação das decisões de cassação de mandato eletivo: análise de sua legitimidade*, de Vinícius de Oliveira.

Em seguida, resgata-se, na seção *Estudos eleitorais na história,* o artigo *Dos votos válidos, dos nulos e dos em branco: definição e problemas que suscitam*, de Augusto O. Gomes de Castro, publicado pelo TSE na histórica *Revista Eleitoral* em 1951. Este interessante texto apresenta o conceito de voto e suas espécies no que tange à apuração das cédulas e o que é necessário para que se atinjam a lisura e o sigilo do pleito. Votos válidos, nulos e em branco são discutidos como possibilidades de se contemplarem a escolha e o direito do eleitor, em respeito às premissas básicas de uma democracia.

A seção *Estudos eleitorais no mundo*, que encerra este número, apresenta ao leitor o artigo *Ingeniería constitucional de la independencia*, de Edgar Hernán Fuentes Contreras, o qual expõe elementos do constitucionalismo hispano-americano do século XIX no desenvolvimento do Haiti e de Nova Granada frente à Constituição de Cádiz de 1812 e ressalta a importância desses contextos na América Latina.

A Escola Judiciária Eleitoral, com o primeiro número da *Estudos Eleitorais* deste ano eleitoral, ratifica seu engajamento com o debate democrático e científico, propiciando ao leitor temas relevantes para um período de instabilidade e reflexão.

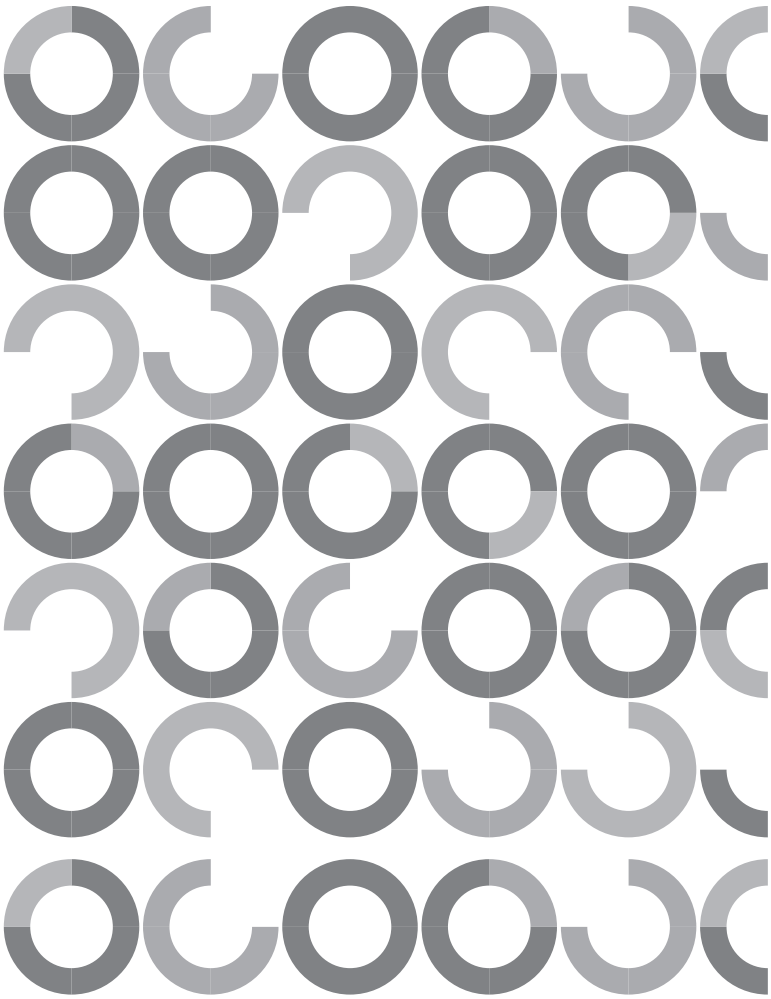
A todos uma proveitosa leitura.

Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto
Diretor da EJE/TSE

ESTUDOS ELEITORAIS

A distribuição do Fundo Partidário frente à questão da igualdade de acesso à disputa democrática

Aline Ribeiro Pereira
Roosevelt Arraes



A distribuição do Fundo Partidário frente à questão da igualdade de acesso à disputa democrática[1]

The distribution of the Partisan Fund and the issue of equal access to democratic dispute

Aline Ribeiro Pereira[2]
Roosevelt Arraes[3]

RESUMO

Objetiva analisar a forma de distribuição do Fundo Partidário no Brasil. O modelo adotado no país foi analisado por meio da legislação, da doutrina e da jurisprudência referentes ao tema, de modo a verificar se a medida garante a igualdade de acesso a todos os candidatos nas disputas para cargos eleitorais. Primeiramente, abordam-se os estudos de Norberto Bobbio sobre a igualdade. Após isso, explana-se o princípio da igualdade à luz da Constituição Federal de 1988, adentrando-se na questão do direito à igualdade política, ao Estado e à democracia. A abordagem da Teoria de Dworkin se faz indispensável para a conclusão final. A explicação do que é o Fundo Partidário e como se dá sua distribuição sequencia o trabalho. Observa-se que há anos os mesmos grupos políticos se perpetuam no poder, fato que não reflete um Estado

[1] Artigo recebido em 26 de setembro de 2017 e aprovado para publicação em 3 de novembro de 2017.

[2] Acadêmica em Direito no Centro Universitário Curitiba.

[3] Professor e advogado. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2002), especialista em Ética (2004), mestre (2006) e doutorando (2014) em Filosofia Jurídica e Política pela PUC/PR.

democrático de direito ideal. Verificou-se que os que possuem maior poder aquisitivo têm mais chances de acesso a cargos políticos, ferindo o princípio da igualdade.

Palavras-chave: Eleições. Fundo Partidário. Distribuição. Princípio da igualdade.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the distribution of the party fund in Brazil. Through legislation, doctrine and jurisprudence related to the subject, an analysis was made of the model adopted in the country and whether or not it guarantees equal access for all candidates in disputes for electoral positions. First, Norberto Bobbio's studies on equality were discussed. Afterwards, an explanation of the principle of equality was made in light of the Federal Constitution of 1988, entering into the issue of the right to political equality, State and Democracy. The approach of the Dworkin Theory, became indispensable to arrive at the final conclusion. The explanation of what the partisan fund is and how its distribution occurs sequentially the work. It is observed that for years the same political groups have perpetuated themselves in power, a fact that does not reflect an ideal Democratic State of Right. It is verified that those who have a greater purchasing power have greater chances of access to political positions, violating the principle of equality.

Keywords: Elections. Party fund. Distribution. Principle of equality.

1 Introdução

A distribuição do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos – Fundo Partidário –, uma das formas mais importantes de financiamento de campanha eleitoral, frente à questão da igualdade de acesso à disputa democrática gera discussão de significativa relevância no cenário político atual, pois, além de o dinheiro público estar envolvido, há um grande debate sobre uma possível violação ao princípio fundamental da igualdade; essa é a principal questão a ser abordada aqui. Tal discussão tem grande relevância diante do cenário político atual, porque o que se observa, eleição após eleição, é a perpetuação no poder dos mesmos grupos políticos, sendo estes detentores de maior poder econômico. Essa situação, além de ferir o princípio constitucional da igualdade, não reflete um Estado democrático de direito ideal, que todos, principalmente o governo, deveriam procurar alcançar.

Nosso principal objetivo é responder às seguintes perguntas: existe igualdade de acesso às disputas eleitorais, considerando-se a forma de distribuição dos recursos advindos do Fundo Partidário? Se não, o que poderia ser feito para que fosse possível alcançá-la? Quais são as políticas públicas ou os modelos legislativos adequados a serem aplicados em tal caso? Todas essas questões serão analisadas e respondidas no decorrer deste trabalho.

Na primeira parte, será feita uma análise da igualdade segundo Norberto Bobbio, além da forma com a qual ela estabelece o conceito de pessoa humana e o de homem como ser social; abordar-se-ão as quatro formas de igualdade mencionadas pelo autor. Adiante, será discutido o princípio da igualdade à luz da Constituição Federal de 1988. O enfoque do trabalho é a questão do direito à igualdade política em relação ao Estado, à democracia e ao próprio Direito.

Na segunda parte, faz-se necessária a abordagem legislativa acerca da matéria, conceituando-se financiamento de campanha como a maneira de se obterem recursos para viabilizar determinado objeto – nesse caso, as campanhas eleitorais. Por fim, valer-se-á da Teoria da Igualdade de Ronald Dworkin para que uma conclusão a respeito da problemática abordada seja possível, levando-se em consideração todos os aspectos mencionados.

2 Da igualdade

2.1 A igualdade segundo Bobbio

A igualdade, para Norberto Bobbio, é um valor que determina o conceito de pessoa humana. Indica uma relação formal, que pode ser preenchida por diversos conteúdos. O autor assinala que o homem como ser social deve estar em equivalência com seus semelhantes. Em suma, a igualdade é um fundamento da democracia, tanto que suas principais características, o sufrágio universal e o processo político eleitoral – sobre os quais se discorrerá mais adiante –, são aplicações do princípio da igualdade, pois visam alcançar a equidade entre indivíduos de uma sociedade no que se refere aos direitos políticos. O sufrágio universal e o processo político eleitoral tornam mais iguais os cidadãos de um Estado democrático.

Torna-se necessário responder às seguintes perguntas: igualdade entre quem? Em quê? Trata-se de um valor para o homem como ser pertencente à humanidade, ou seja, entre seres que se relacionam. Para conceituá-la, faz necessário identificar de que tipo é essa relação.

O conceito e o valor de igualdade são, em diversas situações, empregados como sinônimos do conceito e do valor de justiça. Entretanto, os termos não devem ser confundidos; a justiça é um ideal e a igualdade é um fato, como afirma Bobbio. Existem duas situações relevantes para que a igualdade esteja ou não presente: a primeira é quando se está diante de

uma situação de dar ou fazer – há, aqui, um problema de equivalência das coisas, porque a segunda consiste num problema: "atribuir vantagens ou desvantagens, benefícios ou ônus, direitos ou deveres" (BOBBIO, 2000, p. 17); sob este aspecto, a equiparação de pessoas torna-se um problema. Todavia, há duas situações de justiça: a redistributiva, igualdade entre o que se dá ou faz e o que se recebe, que institui a igualdade social; e a atributiva, forma que exige equalização nas relações entre os indivíduos, como o mesmo estado jurídico para operários e empregados. Muitos são os casos típicos desse modo de justiça, sendo impossível enumerar todos, e, como no que o autor chama de regra da justiça: deve-se tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual.

Aqui se discute o modo pelo qual o princípio da justiça deve ser aplicado: essa regra também pode ser chamada de justiça formal, porquanto exige emprego de tratamento igual. Em suma, o respeito a essa regra é a aplicação da lei em qualquer hipótese, sendo imparcial em relação aos destinatários.

No debate político, a igualdade constitui valor fundamental. Uma das máximas políticas é que "todos os homens são (ou nascem) iguais" (BOBBIO, 2000, p. 23). O ponto principal dessa afirmação é a abrangência da igualdade para todos – independentemente de sua natureza, todos devem ser considerados e tratados como iguais em respeito à natureza humana.

A partir de agora, serão abordadas quatro formas de igualdade. A primeira delas é a *igualdade perante a lei* (ou formal), o pilar do Estado liberal. É a única universalmente acolhida, independentemente do tipo de Constituição, mas não deixa de ser genérica. Essa concepção parte da ideia de que todos os homens são iguais perante a lei, que é igual para todos. O alvo dessa afirmação é o Estado de estamentos, no qual os cidadãos são divididos em classes. Há uma hierarquia, em que os superiores têm os bônus e os inferiores arcam com os ônus. Logo,

pretende-se excluir toda forma de discriminação abusiva, ou seja, aquela que não é justificada. É a chamada isonomia.

A *igualdade de oportunidade* é o pilar do Estado democrático. Neste modelo, a regra da justiça é aplicada em um ambiente de disputa em que somente um dos concorrentes poderá conquistar o objetivo final. Esse conceito de democracia considera a vida social como uma competição, devido aos atuais conflitos da sociedade. Ela possui duas direções: uma exige que o ponto de partida seja igual para todos os membros da sociedade e a outra exige sua inclusão em situações econômicas e de grande relevância. Seu objetivo é fazer com que todos os membros de determinada sociedade tenham condições de participar da competição pela vida. A desigualdade só é aceita como instrumento para alcançar a equidade, corrigindo desequilíbrios anteriores.

A terceira forma de igualdade a ser abordada é a *igualdade real, substancial ou de fato*. Neste aspecto, vários são os questionamentos acerca de como se alcançará uma sociedade mais justa e igualitária. É preciso determinar a natureza dos bens, sua forma de distribuição (se em partes iguais ou em proporção) e como é sua relação com os homens. Nota-se que alguns princípios são mais igualitários do que outros: o princípio "a cada um segundo a necessidade" é considerado o mais igualitário, porquanto estabelece que os homens são mais iguais em relação às suas necessidades do que às suas capacidades. Diante disso, conclui-se que o caráter igualitário está na forma de distribuição dos bens materiais.

O último meio de igualdade a ser abordado é a *igualdade jurídica*. Primeiramente, faz-se necessário diferenciar alguns conceitos: igualdade dos direitos significa que todos os cidadãos gozam dos direitos fundamentais garantidos pelas Constituições modernas, o que não significa que eles sejam assegurados de fato. O alvo desse tipo de igualdade é aquela sociedade em que nem todos os membros são

pessoas jurídicas – a escravagista. Nessa concepção, o sujeito é dotado de capacidade jurídica; a igualdade está ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é a base da atual Constituição brasileira. Dessa forma, fadados de humanidade, todos os indivíduos devem ter tratamento igualitário, afinal são sujeitos de direito.

Ocorre que, ao se analisar a história do Brasil, tendo como principal ponto de referência as Constituições já vigentes, percebe-se que a isonomia não foi efetivada, pois, apesar de estar sempre presente na essência das Cartas Magnas brasileiras, a igualdade apresentava-se de acordo com o momento histórico de cada época. Na Constituição de 1824, o princípio coexistia com a legalidade da escravidão, e na de 1891, apesar de formalmente terem sido extintos, os privilégios da monarquia, na prática, foram mantidos. A Constituição de 1946 consolidou o princípio da igualdade, entretanto apenas na promulgada em 1988 este princípio veio como valor supremo de uma sociedade sem discriminação.

Observa-se, nesse contexto, que a igualdade jurídica defende a equidade entre as classes sociais, convivendo-se, portanto, com a separação dos desiguais. Desse modo, há tratamento igualitário apenas para os equiparados dentro de uma categoria, o que acaba por limitar a igualdade perante a lei.

Nesse aspecto, o princípio deve ser interpretado segundo Seabara Fagundes, de maneira mais abrangente:

> Ao elaborar a 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 quinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades (FAGUNDES, 1995).

Isso quer dizer que as diferenças existentes entre os grupos sociais devem ser levadas em consideração. O excerto "todos são iguais perante a lei" não significa que todos os indivíduos devem ser tratados de forma absolutamente igual; é preciso levar em consideração características,

circunstâncias e situação das pessoas. Aqueles que possuem características consideradas essenciais a uma determinada norma estão em situações idênticas; já os que não dispõem de alguma delas são desiguais, devendo a lei, por conseguinte, tratá-los de forma desigual, porque somente assim a igualdade de fato será alcançada. Percebe-se que aqui não há interpretação negativa do tratamento desigual aplicado.

Em suma, enquanto a igualdade jurídica formal se volta para concepção absoluta de que todos são iguais perante lei e por isso devem ter tratamentos idênticos, a igualdade jurídica, que é a equidade substancial (igualdade nos direitos), leva em consideração os aspectos individuais das pessoas, ou seja, para que recebam tratamento igual, as pessoas precisam estar em condições iguais, e é essa concepção que deve ser levada adiante.

As quatro formas de igualdade antes mencionadas serão utilizadas como premissa para a análise do problema discutido neste trabalho.

2.2 O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988

Estabelece a Constituição brasileira que todos são iguais perante a lei, como bem se pode verificar no *caput* de seu art. 5º:

> 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.

Pode-se dizer que a Carta Magna legitimou o princípio da igualdade, permitindo que todos os cidadãos tenham o direito de ser tratados de maneira idêntica pela lei. Nas palavras de Alexandre de Moraes (2014, p. 35), "uma igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais". A ideia fundamental indica que todos são iguais juridicamente, sem distinção de nenhuma natureza. O princípio da isonomia tem

duplo objetivo, quais sejam: assegurar garantia individual e impedir favoritismos. Não é em vão que tal princípio está previsto no Título II da Constituição, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" – o direito à igualdade é fundamental.

É imprescindível ter em mente que a equidade a ser alcançada não deve ser apenas a formal, garantida pela Constituição Federal. Essencialmente, é a igualdade material, ou seja, aquela presente na sociedade em si, pois, como bem salienta Pedro Lenza, "no Estado Social ativo, efetivador de direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada em face da lei" (LENZA, 2014, p. 1.072).

Entende-se que a aplicação do princípio abrange todos os particulares, incluindo o aplicador da lei, o próprio legislador e, consequentemente, a legislação. Como bem sustentou Francisco Campos, "por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações" (CAMPOS, 1956). É o que Alexandre de Moraes preceitua como "tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade" (MORAES, 2014, p. 36).

Em dadas situações, torna-se necessário que a própria lei estabeleça um critério discriminatório para que a igualdade possa ser alcançada, desde que, é claro, esta desigualdade não gere inconstitucionalidade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações podem ser escolhidos pela lei como fator discriminatório"[4]; entretanto, é necessário que haja relação lógica entre a diferença existente no objeto, pessoa ou situação e a desigualdade no tratamento, visto que, afinal, tal diferença foi o motivo para este tratamento. Nesta ótica, José Jairo Gomes ressalta:

> O princípio da isonomia ou da igualdade impõe que a todos os residentes no território brasileiro deve ser deferido o mesmo tratamento, não se admitindo

> discriminação de espécie alguma – a menos que o tratamento diferenciado reste plenamente justificado, quando será objetivamente razoável conceder a uns o que a outros se nega (GOMES, 2016, p. 73).

Valendo-se ainda do estudo de Bandeira de Mello sobre o princípio da igualdade, o autor aponta três fatores a serem observados para a verificação da existência ou não de uma violação ao conceito nas hipóteses em que um tratamento desigual se torna necessário. O primeiro diz respeito ao fator de descriminação escolhido pela lei; o segundo faz referência à "correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado" (MELLO, 2014, p. 21); e, por fim, é preciso que exista concordância com os interesses constitucionais então juridicizados.

Assim como Alexandre de Moraes fez em sua obra, é de suma importância citar o entendimento de San Tiago Dantas sobre o princípio da igualdade:

> Quanto mais progredirem e se organizarem as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário (DANTAS, 1953).

O excerto torna-se indispensável por ser a forma como a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) vêm interpretando o princípio da igualdade. Em suma, é dizer que as desigualdades estão presentes na coletividade, mas devem ser usadas para que se possa atingir o direito fundamental da igualdade que a Magna Carta tanto preza.

2.3 Do direito à igualdade política

Para José Jairo Gomes, Direito Político "é o ramo do Direito Público cujo objeto são os princípios e as normas que regulam a organização e o funcionamento do Estado e do governo, disciplinando o exercício e o acesso ao poder estatal" (GOMES, 2016, p. 4). Nessa linha, direitos políticos ou cívicos podem ser definidos como os deveres e os direitos inerentes à cidadania, englobando o direito de participar direta ou indiretamente do governo e da forma de organização do Estado, ou seja: de participar do processo político.

O capítulo IV da Magna Carta dedica-se exclusivamente aos direitos políticos. O art. 14 explicita que "a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei [...]". Pode-se dizer que esse artigo faz referência ao direito à igualdade política, que é a forma de isonomia mais relevante para este trabalho. O princípio da igualdade tem grande influência no Direito Eleitoral, pois nele se efetivam os demais direitos fundamentais, como a democracia – que se verá mais adiante –, o direito de sufrágio (direito que todo cidadão tem de eleger seus representantes) e o direito de escolha exercido pelo voto, além de abranger outras tantas situações:

> Os concorrentes a cargos políticos-eletivos devem contar com as mesmas oportunidades, ressalvadas as situações previstas em lei – que têm em vista o resguardo de outros valores – e as naturais desigualdades que entre eles se verificam (GOMES, 2016, p. 73).

Como exemplo, Gomes traz as propagandas eleitorais, afirmando que partidos e coligações devem ter iguais oportunidades para difundir seus programas, propostas e pensamentos. Acrescenta ainda que, nesse caso, tem-se uma igualdade formal, já que os partidos com maior representatividade na Câmara Federal detêm maior espaço na mídia. Diante dessa situação, é possível concluir que o direito à isonomia não é absoluto, porque se conecta a outras questões e a outros princípios para que possa ser exercido.

José Jairo Gomes apresenta alguns conceitos de Estado em sua obra. O primeiro é um tanto quanto tradicional: "associação humana, que vive em determinado território sob o comando de uma autoridade central, a qual não se encontra sujeita a nenhum outro poder" (GOMES, 2016, p. 53). Diante desse conceito, podem-se extrair três elementos do Estado, quais sejam: o povo, o território e o poder soberano; o segundo seria um conceito clássico: "Estado é o poder institucionalizado" (GOMES, loc. cit.); e, para a terceira corrente, "Estado constitui a sociedade – ou a nação – politicamente organizada" (GOMES, loc. cit.).

O Estado de direito se baseia no princípio da legalidade e decorre do liberalismo: "repousa na concepção do direito natural, imutável e universal" (SILVA, 2005, p. 117). Nas palavras de Canotilho e Moreira,

> A constituição é uma ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da Constituição –, e é nesta supremacia da lei constitucional que o 'primado do direito' do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 117).

Por outro lado, no Estado democrático, os próprios cidadãos são responsáveis pelas políticas públicas, uma vez que eles formam o governo por meio do voto direto e universal.

A reunião dos princípios do Estado de direito e do Estado democrático dão forma ao Estado democrático de direito, que é o "conceito chave do regime adotado" (SILVA, 2005, p. 112), a democracia, e está disposto no art. 1º da Constituição Federal:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito.

2.4 Estado, democracia e direitos

É de suma importância salientar que os direitos políticos estão ligados à ideia de democracia; como afirma Gilmar Ferreira Mendes: "os direitos políticos formam a base do regime democrático" (MENDES, 2016,

p. 739). A palavra democracia deriva do termo grego *demokratia*, *demos* (povo) e *kratos,* poder – "poder que emana do povo" –, sendo o povo fonte e titular desse poder. Liberdade e igualdade são valores essenciais da democracia moderna. A liberdade denota que o próprio povo traça seu destino, pois é responsável por seus atos. A igualdade, segundo Gomes, significa que "a todos é dado participar do governo, sem que se imponham diferenças artificiais e injustificáveis como a origem social, a cor, o grau de instrução, a fortuna ou o nível intelectual" (GOMES, 2016, p. 48). O princípio da soberania popular e o respeito à dignidade da pessoa humana são o fundamento de qualquer regime democrático e impõem que os governantes ajam com ética e responsabilidade. A democracia é um princípio específico do Direito Eleitoral, que pode ser compreendida nos planos político, social e econômico, além de ser sistema protetivo de direitos humanos e fundamentais; aliás, a democracia foi elevada ao *status* de direito humano pelo art. XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e pelo art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

Usando as palavras de Jairo Gomes, "a participação popular no governo é condição *sine qua non* da democracia" (ibid., p. 50). Para José Afonso da Silva, ela "revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo" (SILVA, 2005, p. 126). Segundo o conceito de José Afonso,

> Democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes (SILVA, 2005).

Dessa passagem, é possível concluir que democracia é um conceito histórico, instrumento para alcançar os direitos fundamentais do homem; um "processo de afirmação do povo" (SILVA, op. cit., p. 126).

José Afonso da Silva afirma também que "a igualdade constitui o signo fundamental da democracia" (ibid, p. 211). Isso quer dizer que o Estado democrático não aceita "privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra" (SILVA, loc. cit.); um Estado burguês nunca adotou regime de igualdade, pois este vai a sentido oposto ao seu interesse de domínio de classe.

Até o momento, fez-se estudo a respeito do princípio da igualdade e de como este se expressa num Estado democrático de direito, com base nas obras de diversos autores e da Constituição Federal de 1988. A seguir, será feita a análise acerca da legislação eleitoral vigente, em especial ao que se refere ao financiamento de campanhas eleitorais – mais especificamente ao Fundo Partidário.

3 Análise da legislação eleitoral e de seus impactos nas eleições: comparativo e efeitos

3.1 Financiamento de campanha

Segundo o professor Luiz Vergílio Dalla-Rosa, financiamento pode ser conceituado como "o meio que faculta os capitais necessários a um determinado empreendimento, isto é, a maneira como se obtêm recursos para viabilizar um objetivo" (DALLA-ROSA, 2003).

Financiamento de campanha, por sua vez, caracteriza-se por ser o meio de arrecadação de recursos para que partidos políticos realizem a campanha política, meio pelo qual os candidatos expõem suas propostas e se aproximam do eleitorado. Por esse motivo, o uso de dinheiro e de canais de financiamento são recursos imprescindíveis nas eleições.

Gastos exorbitantes com as eleições tornaram-se habituais nos últimos tempos, em especial nas eleições majoritárias. O mais preocupante, no entanto, acaba sendo a origem ilícita de tais recursos, considerando-se

que, segundo José Jairo Gomes, "o uso de dinheiro ilícito torna ilegítima qualquer eleição, além de oportunizar que espúrios financiadores exerçam indevida influência na esfera estatal" (GOMES, 2016, p. 411). Por isso, é de suma importância que haja transparência quanto à origem e ao destino de tais recursos, bem como efetiva regulamentação pela Justiça Eleitoral. É importante ressaltar que o fato de o financiamento ser bem regulamentado não garante um papel transparente do subsídio no processo eleitoral; isso depende do contexto político-social do país.

São conhecidas três formas de financiamento de campanha eleitoral: o público exclusivo, o privado e o misto. No primeiro, as campanhas são financiadas exclusivamente pelo Estado, por meio de recursos obtidos mediante tributos. O art. 79 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, determina que "o financiamento das campanhas eleitorais com recursos públicos será disciplinado em lei específica". Contudo, ainda não há norma específica para esse fim, o que não anula a necessidade de se destacar a relevante contribuição dessa forma de financiamento.

Os que defendem esse modelo salientam que ele contribui para a redução da corrupção, pois os candidatos não dependem mais dos financiamentos privados, e promove a igualdade de oportunidades na disputa eleitoral, visto que nem todos os candidatos possuem apoio de financiadores com elevado poder aquisitivo. Por outro lado, os que criticam tal modelo afirmam que ele não acabará com a corrupção, já que o dinheiro privado continuará entrando por meios ilícitos, incentivando candidatos a fazerem uso de tais meios e gerando um problema ainda maior. Isso além do fato de existirem áreas mais importantes e necessitadas para serem atendidas, como a saúde e a educação. Essa discussão será mais bem apresentada adiante.

No segundo modelo de financiamento de campanha, os recursos provêm exclusivamente de particulares, sendo estes apenas pessoas físicas, porque a recente Reforma Eleitoral (Lei nº 13.165/2015) revogou

os dispositivos legais que autorizavam pessoas jurídicas a contribuírem com partidos políticos e com candidatos nas campanhas eleitorais. Isso ocorre porque a pessoa jurídica não é cidadã; suas doações são estratégias para se aproximarem dos agentes políticos beneficiados e sobre eles exercerem influência. Desse modo, a doação seria investimento com retorno econômico-financeiro, o que abre portas para atos de corrupção – como, por exemplo, o favorecimento em licitações e renúncias fiscais –, e, quando ligados ao crime organizado, o Estado pode se tornar facilitador de tal prática. Segundo o art. 18 da Resolução-TSE nº 23.463, de 15 de dezembro de 2015, o financiamento de campanhas eleitorais por parte de pessoas físicas somente poderá ser feito de duas formas: por meio de transação bancária com a identificação do CPF do doador ou por doação ou cessão temporária de bens e/ou serviços estimáveis em dinheiro, sendo necessário que o concessor demonstre que é proprietário do bem ou responsável direto pela prestação de serviços. É importante clarificar que qualquer contribuição feita por pessoa física em desacordo com a legislação vigente não poderá ser utilizada, devendo ser restituída ao doador ou, em caso de não identificação deste, ir para o Tesouro Nacional. As doações de pessoas físicas possuem limite: 10% dos rendimentos brutos obtidos pelo doador no ano anterior à eleição, conforme o que foi declarado em seu imposto de renda.

Por fim, no financiamento misto, os recursos têm como fontes tanto o Estado como os agentes privados, e a sua forma dependerá da regulamentação do país que o adotar. No setor público, o financiamento pode ser realizado de formas diferentes, como destinar determinada quantia aos partidos e aos candidatos, reembolsar os gastos com a campanha, dentro de um limite preestabelecido, ou assumir parte dos custos, como as propagandas feitas pelos meios de comunicação. No setor privado, o financiamento possui determinados limites legais.

No Brasil, adotou-se o modelo misto de financiamento de campanha, o qual estipula limite máximo de gastos para as campanhas eleitorais. Em cada eleição, deverá ser imposto limite de gastos, o maior valor que poderá ser empregado em cada campanha. Isso vale tanto para as eleições majoritárias quanto para as proporcionais. Cabe ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) estabelecer tais limites, observando os parâmetros da Lei nº 13.165/2015. Os arts. 5º e 6º da referida lei definem:

> Art. 5º O limite de gastos nas campanhas eleitorais dos candidatos às eleições para presidente da República, governador e prefeito será definido com base nos gastos declarados, na respectiva circunscrição, na eleição para os mesmos cargos imediatamente anterior à promulgação desta Lei, observado o seguinte:
> I - para o primeiro turno das eleições, o limite será de:
> a) 70% (setenta por cento) do maior gasto declarado para o cargo, na circunscrição eleitoral em que houve apenas um turno;
> b) 50% (cinquenta por cento) do maior gasto declarado para o cargo, na circunscrição eleitoral em que houve dois turnos;
> II - para o segundo turno das eleições, onde houver, o limite de gastos será de 30% (trinta por cento) do valor previsto no inciso I.
> Parágrafo único. Nos municípios de até dez mil eleitores, o limite de gastos será de R$100.000,00 (cem mil reais) para prefeito e de R$10.000,00 (dez mil reais) para Vereador, ou o estabelecido no *caput* se for maior.
> Art. 6º O limite de gastos nas campanhas eleitorais dos candidatos às eleições para senador, deputado federal, deputado estadual, deputado distrital e vereador será de 70% (setenta por cento) do maior gasto contratado na circunscrição para o respectivo cargo na eleição imediatamente anterior à publicação desta lei.

Segundo o art. 18-A, incluído pela Lei nº 13.165/2015, serão consideradas para o alcance do teto de gasto "as despesas efetuadas pelos candidatos e as efetuadas pelos partidos políticos que puderem ser individualizadas", ou seja, não importa a fonte do recurso, todos deverão ser computados para compor o teto. Vale dizer ainda que não se admite a retificação do limite de gastos depois que registrado na Justiça Eleitoral e que o descumprimento dos limites terá como consequência a sanção de multa e a apuração da ocorrência de abuso do poder econômico.

Este trabalho abordará exclusivamente o financiamento público de campanha, especialmente sobre recursos advindos do Fundo Partidário e sua distribuição, como se constatará a seguir.

3.2 Fundo Partidário

A Constituição Federal determina em seu art. 17º, § 3º:

> Art. 17º [...]
> § 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, usualmente chamado de Fundo Partidário, é uma das principais fontes de financiamento público de campanha eleitoral; surgiu em razão de discussão sobre se tais campanhas deveriam ou não ser financiadas com dinheiro público. Os contrários à sua criação defenderam que o dinheiro público deveria ser investido em questões mais importantes, como saúde, educação e segurança. Utilizando-se das palavras do advogado Guilherme Pessoa Franco de Camargo:

> Seria antidemocrático impedir um cidadão ou empresa privada de apoiar e/ou ajudar financeiramente seu candidato; que esse sistema impediria os partidos menores de crescer com os investimentos particulares; que o candidato é eleito para governar para todos, não podendo ser a maioria punida por crimes de alguns (CAMARGO, 2013).

Já os favoráveis ao financiamento público acreditaram que ele tornaria as eleições mais igualitárias, impedindo o abuso do poder econômico. Ainda nas palavras de Camargo:

> O financiamento público apresenta como pontos favoráveis a diminuição da corrupção, uma vez que o candidato não ficaria atrelado a favores de investidores privados; o fim do "caixa dois" ou da "lavagem" de dinheiro nas campanhas, o que traria transparência e proporcionalidade ao processo democrático porque ofereceria verbas aos partidos de forma mais igualitária; a possibilidade de um índice menor de poluição e sujeira nas ruas durante o período eleitoral; a valorização do interesse público em detrimento do privado, bem como a atuação ética e com probidade; limites para a arrecadação, desestimulando a deslealdade e infidelidade partidária; e, por

> fim, os patrocínios privados irregulares seriam mais facilmente perceptíveis. O financiamento público exclusivo pode atuar também como agente moralizador e educativo de longo prazo, porquanto desestimula a utilização do "dinheiro sujo" (CAMARGO, 2013).

O principal objetivo do Fundo Partidário, segundo José Jairo Gomes, é "fazer frente aos gastos decorrentes das ações cotidianas realizadas pela agremiação" (GOMES, 2016, p. 419), ficando o financiamento das campanhas eleitorais em segundo plano.

De acordo com Carlos Velloso e Walber Agra,

> O Fundo Partidário não significa um completo financiamento público de campanha, haja vista que seu montante fica muito aquém das reais exigências de manutenção da vida partidária e financiamento eleitoral, mas constitui-se de verba provinda do Estado para ajudar na manutenção das agremiações. Tanto é que a Lei dos Partidos Políticos declara que os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados para especial assistência financeira e como ilação direta, que não se configura como completo e exclusivo financiamento público de campanha" (VELLOSO, 2016, p. 154).

Segundo o art. 38 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), o Fundo Partidário constitui-se por dotações orçamentárias da União, multas, penalidades, doações e outros recursos financeiros que lhe forem atribuídos por lei.

A Lei dos Partidos Políticos determina também que a previsão orçamentária dos recursos do Fundo Partidário deve ser registrada no Tribunal Superior Eleitoral; depois disso, o Tesouro Nacional está autorizado a fazer depósito mensal dos duodécimos no Banco do Brasil, em uma conta especial à qual o TSE tem livre acesso. Nessa mesma conta também são depositadas as quantias arrecadadas por outras fontes, como as multas.

Posteriormente, fica o Tribunal responsável por fazer a distribuição dos recursos aos partidos políticos, dentro de cinco dias a contar da data do depósito feito pelo Tesouro Nacional.

Em seu art. 13, a Lei nº 9.096/1995 instituiu a chamada cláusula de barreira, que estabelece que os partidos políticos precisam ter funcionalidade parlamentar – deter o mínimo de representatividade no Congresso Nacional – para que possam usufruir de determinados direitos. Uma vez presente esse requisito, os direitos conquistados seriam os seguintes: a possibilidade de participar de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) e da mesa diretiva, o direito à propaganda de rádio e TV gratuita e, por fim, a percepção de mais recursos do Fundo Partidário.

Essa cláusula só entrou em vigor a partir das eleições de 2006 e, valendo-nos das palavras de Rainer Bragon, estabelecia:

> [...] 1% do total do Fundo Partidário deveria ser repassado em partes iguais a todos os partidos que tivessem seus estatutos registrados junto ao TSE; os outros 99% deveriam ser distribuídos, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, aos partidos que tivessem obtido nessa eleição pelo menos 5% dos votos válidos, em pelo menos 1/3 dos Estados, com um mínimo de 2% do total de cada um deles. É de notar que nas eleições de 2002 e de 1998 apenas 7 dos 29 partidos existentes no País superaram esse limite. O objetivo dessa regra é evitar a profusão das chamadas legendas de aluguel (BRAGON, 2006).

Ocorre que um grupo de partidos políticos propôs duas ações diretas de inconstitucionalidades: as ADI nº 1.351 (ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PCdoB) e nº 1.354 (proposta pelo Partido Socialista Cristão – PSC), com a intenção de declarar inconstitucionais os dispositivos da Lei dos Partidos Políticos que instituíam a cláusula de barreira. O fundamento principal das ações era que os critérios de distribuição adotados prejudicariam os partidos políticos menores, violando o princípio constitucional do pluralismo político. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime do julgamento em conjunto dessas ADIs, flexibilizou a cláusula de barreira ao declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº 9.096/1995:

> a) do artigo 13; b) no *caput* do artigo 41 a expressão "obedecendo aos seguintes critérios"; c) incisos I e II do artigo 41; d) do artigo 48; e) da expressão "que atenda ao disposto no artigo 13", no artigo 49; f) incisos I e II do artigo 49; g) dar ao *caput* dos artigos 56 e 57 interpretação que elimina

> qualquer limitação temporal; h) no inciso II, do artigo 57, a expressão "no artigo 13" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal).

O ministro relator, Marco Aurélio, levou em consideração que, a partir de 2007, apenas 7 partidos políticos dos 29 existentes teriam acesso ao Fundo Partidário. Diante disso, fundamentou seu voto da seguinte forma:

> Sob o ângulo da constitucionalidade, o disposto no artigo 13 da Lei nº 9.096/1995, somente esses partidos terão funcionamento parlamentar, participarão do rateio de cem por cento do saldo do Fundo Partidário, gozarão, em cada semestre e em cadeias nacional e estadual, de espaço de vinte minutos para a propaganda eleitoral e desfrutarão de inserções, por semestre e também em redes nacional e estadual, de trinta segundos ou um minuto, totalizando oitenta minutos no ano [...]. Os demais ficarão à míngua, vale dizer, não contarão com o funcionamento parlamentar, dividirão, com todos os demais partidos registrados junto ao Tribunal Superior Eleitoral, a percentagem de um por cento do Fundo Partidário e, no tocante à propaganda partidária, terão, por semestre, apenas dois minutos restritos à cadeia nacional [...]. Está-se a ver que o disposto no artigo 13 da Lei 9.096/1995 veio a mitigar o que garantido aos partidos políticos pela Constituição Federal, asfixiando-os sobremaneira, a ponto de alijá-los do campo político, com isso ferindo de morte, sob o ângulo político-ideológico, certos segmentos, certa parcela de brasileiros [...]. "E tudo ocorreu a partir da óptica da sempre ilustre maioria" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal).

Atualmente, a distribuição do Fundo Partidário é feita deste modo: o partido político precisa eleger cinco parlamentares na Câmara dos Deputados em cinco estados da Federação, e os votos devem corresponder a no mínimo 1% dos votos da última eleição para Câmara dos Deputados. Hoje, de 32 partidos, 29 têm acesso ao Fundo Partidário, e 5% do total dos recursos são distribuídos igualmente aos partidos políticos, enquanto os outros 95% são distribuídos proporcionalmente ao número de votos obtidos na última eleição para a Câmara. A lei prevê ainda, em seu art. 44, de que modo os recursos advindos do Fundo Partidário devem ser aplicados.

É importante dizer que o Fundo Partidário não supre todas as necessidades dos partidos políticos, pois seu montante fica muito abaixo dos gastos da vida partidária e do financiamento eleitoral. No entanto, conforme Carlos Velloso e Walber Agra,

> A conservação desse fundo assistencial público aos partidos políticos é o primeiro passo para expungir, definitivamente, o financiamento privado das atividades eleitorais, que já tem sido restringido exponencialmente – e, por que não dizer, eleitoreiras, que, por sua vez, constituem a gênese de muitos males da representação política em nosso país (VELLOSO; AGRA, 2016, p. 159).

Vale lembrar que os partidos políticos devem fazer a prestação de contas anual para a Justiça Eleitoral e, se não for realizada ou se for reprovada, os repasses do Fundo Partidário podem ser cortados. Essa prestação é determinada pelo art. 34 da Lei dos Partidos Políticos.

A prestação de contas tem como objetivo a fiscalização por parte da Justiça Eleitoral: identificar a origem e a destinação dos recursos utilizados para fins de atividades partidárias e eleitorais. Isso é feito pela análise de documentos apresentados pelas agremiações.

Diante de tais considerações, conclui-se que o estudo sobre os recursos do Fundo Partidário é de extrema importância, primeiramente por ser uma forma de acesso à participação política de todas as pessoas da sociedade e, depois, por envolver grande soma de dinheiro público, que determina o grau de influência que cada grupo exerce em relação aos eleitores.

Segundo o Tribunal Superior Eleitoral, em julho de 2016, "o Fundo Partidário pagou R$65.981.047,08 aos 35 partidos políticos registrados, desse valor, R$60.375.717,76 correspondem aos duodécimos correspondentes ao mês de julho e R$5.605.329,32 a multas eleitorais e pagas em junho".

O Tribunal constatou também o seguinte:

> Em relação ao recebimento de duodécimos, o Partido dos Trabalhadores (PT) recebeu o maior R$7.972.580,49. O Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) obteve R$6.540.147,35 e o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) recebeu R$6.736.120,75. Já os valores captados com o pagamento de multas eleitorais no mês de junho, o PT, o PMDB e o PSDB também foram os partidos que mais receberam, tendo sido distribuídos,

respectivamente, os valores de R$740.180,71, R$607.192,44 e R$625.386,77 (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral).

Frente a tais dados, é evidente que os recursos do Fundo Partidário não são distribuídos de forma equânime entre as agremiações. A questão principal aqui é discutir até que ponto esse sistema afeta a disputa democrática.

4 Análise da violação ao princípio da igualdade no âmbito eleitoral

4.1 Teoria de Dworkin

A igualdade é algo que vem sendo pesquisado e estudado há muito tempo. Vários foram os estudiosos, filósofos e autores que escreveram sobre tal princípio. Ronald Dworkin é um exemplo: desenvolve teoria sobre igualdade que, devido a sua complexidade, conecta-se com este trabalho; uma análise torna-se imprescindível.

Dois princípios básicos fundamentam a teoria: o primeiro princípio é o da igual importância, que defende a relevância da vida de cada pessoa dentro da sociedade, de modo que deve ter algum resultado em vez de ser desperdiçada. Esse princípio requer que o governo se utilize de leis e de políticas que garantam que o destino de seus cidadãos não dependa de quem eles sejam. O segundo princípio é o da responsabilidade especial, que exige que o governo se esforce para tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizerem.

De início, apresenta-se a seguinte afirmação do autor: "Nenhum governo é legítimo, a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade, a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política" (DWORKIN, 2005, Introdução).

Dworkin começa seus estudos sobre a igualdade partindo do princípio igualitário abstrato, que presume que o governo "deve agir para melhorar a vida dos cidadãos, com igual consideração pela vida de cada um deles" (ibid., p. 253).

Entretanto, esse princípio não pode resolver todos os problemas que o governo e a política enfrentam, o que não exclui sua grande influência nas sociedades. Em relação à igualdade política, Dworkin analisa como o princípio abstrato se aplica à questão da distribuição do poder político dentro de determinada sociedade, tentando responder à seguinte questão: qual forma de democracia é a mais adequada para uma sociedade igualitária?

Primeiramente, é importante ressaltar que a ideia de democracia é bastante abstrata. Diante disso, Dworkin detecta dois enfoques diferentes que pretendem interpretar as suposições criadas sobre a democracia. O primeiro, nomeado *concepção dependente de democracia,* aponta como a melhor forma de democracia a que tiver maiores chances de "produzir decisões substantivas que tratem os membros da comunidade com igual consideração" (Dworkin, 2005, p. 255). Nesse ponto, as principais características da democracia se justificam pelo fato de que uma comunidade que as possua terá maior probabilidade de distribuir recursos materiais, oportunidades e valores de maneira mais igualitária. Essa concepção sugere um teste consequencial, que deverá ser aplicado se porventura surgir dúvida sobre qual seria a melhor forma de democracia a ser empregada: a que mais contribuísse para a promoção de metas igualitárias substantivas. Indica que "a democracia é, em essência, um conjunto de dispositivos para a produção de resultados do tipo certo" (ibid., p. 256). Todavia, essa concepção nega aspectos da teoria igualitária, como a finalidade participativa.

O segundo enfoque é a *concepção separada de democracia*, a qual dispõe que "a democracia é, em essência, uma questão de distribuição

igualitária do poder sobre decisões políticas" (ibid., p. 257). Esse conceito garante divisão entre igualdade política e outras formas de igualdade substantiva: "Trata a igualdade política como uma dimensão distinta da igualdade" (ibid., p. 258).

Dois tipos de consequência são abrangidos pelo processo político: a *distributiva* e a *participativa*. Esta decorre do "caráter e da distribuição da própria atividade política" (DWORKIN, loc. cit.); aquela diz respeito à divisão de recursos.

Em determinadas situações, a concepção separada será mais útil; em outras, a dependente. A primeira o será quando a decisão tomada não expressar a vontade da maioria, e a segunda, quando defender a legislação como democrática. Em suma, a diferença entre elas é que as questões controversas substantivas, na dependente, podem retornar no processo, enquanto na separada, se surgirem controvérsias no processo, estas serão diferentes. No entanto, em ambos os entendimentos, o caráter de democracia é questionável.

Entende Dworkin que uma *concepção mista de democracia ou concepção dependente pura* seria o mais apropriado, pois engloba características das duas concepções mencionadas. Aqui, o poder igualitário de voto não é uma característica provável; a igualdade de um processo político está na equânime distribuição do poder político. Uma teoria ideal de igualdade política deve comparar o poder político de duas formas: na *horizontal,* que coteja o poder entre os cidadãos, e na *vertical,* que defronta o poder dos cidadãos com o das autoridades. De acordo com a análise de Dworkin, nenhumas dessas formas parecem ser isoladamente eficientes: a horizontal, por abrir espaço a regimes totalitários antidemocráticos; a vertical, por ser irreal.

A igualdade de poder se distingue entre a *igualdade de impacto* e a *igualdade de influência*. O *impacto* diz respeito ao que o cidadão faz

sozinho ao votar – esse entendimento não fornece uma ideia separada pura de democracia; *a influência* é a capacidade de induzir os demais a fazer a mesma escolha que a sua. Diante desses conceitos, pode-se concluir que igualdade vertical de poderes é impossível se significar igualdade de impacto político. Por outro lado, a igualdade de influência horizontal diz ser injusto o fato de alguns cidadãos terem maior influência do que outros apenas por possuírem mais elevado poder aquisitivo.

Para Dworkin, uma sociedade igualitária pretende que seus cidadãos ingressem na política devido ao interesse mútuo pela justiça dos resultados. Tal sociedade guarda grande preocupação com as decisões distributivas, que devem tratar todos com igual consideração, tendo também que "apreciar a finalidade agencial para a atividade política: que os cidadãos devem ter o maior espaço possível para estender à política sua experiência moral e de vida" (DWORKIN, 2005, p. 273).

Infelizmente, as injustiças distributivas estão presentes nas sociedades e deve-se remediá-las por meio das desigualdades de influência política existentes na atualidade. Entretanto, a igualdade de influência deve ser usada apenas e tão somente para corrigir as injustiças, já que poderiam violar outras características importantíssimas de uma sociedade igualitária, que é, afinal, o objetivo almejado.

Entende-se, portanto, que uma concepção separada pura de democracia não é viável, pois, para o autor, não se pode criar uma concepção adequada de democracia que ignore a *igualdade de influência*.

Afirma Dworkin que as consequências simbólicas da estrutura política são definidas principalmente pelo voto, que é uma questão de *impacto* político. A igualdade almeja que exista um valor idêntico a todas as pessoas nas eleições.

Voltando-se à concepção horizontal de igualdade de impacto mencionada, esta também possui valores agenciais que devem garantir um incentivo político para os cidadãos.

As metas da *agência* política (pessoas que participam do processo político como agentes morais e não apenas eleitores) só se concretizam quando se oferece a todos um acesso eficiente aos meios de comunicação influentes. Assim, garante-se que cada pessoa tenha oportunidade justa de exercer influência sobre outras. É certo que a desigualdade de acesso à riqueza é a mais presente na sociedade atual. Se os recursos fossem distribuídos com mais equidade, maior seria o número de cidadãos a receber incentivo. Se os meios de comunicação só dessem acesso à audiência política para aqueles que investem ou trabalham no ramo, as metas agenciais da democracia exigiriam que o acesso fosse estendido aos demais cidadãos.

Por sua vez, a agência moral só se concretiza para todos na política se cada um tiver a oportunidade de expressar suas opiniões objetivando fazer alguma diferença – *exercer influência e não só impacto* é extremamente importante para a agência. Dworkin acredita que se deve engrandecer a igualdade de influência e, por isso, duvida da igualdade de poder. O aspecto principal aqui é a oportunidade de exercer influência suficiente para fazer-se presente na política.

A concepção dependente de democracia referenciada por Dworkin faz com que qualquer pessoa que deseje incentivo objetive que a política seja uma extensão de sua própria vida moral. Como já foi exposto, uma concepção correta da igualdade distributiva, para o autor, é a igualdade de recursos. Dessa forma, Dworkin afirma: "A concepção dependente adequada de democracia requer a simetria nos votos dentro dos distritos e presume a igualdade de impacto entre eles. Requer liberdade e incentivo" (DWORKIN, 2005, p. 281).

É possível identificar duas classes de decisões políticas: as que envolvem questões sensíveis à escolha – aquelas em que a solução correta depende do caráter distributivo na comunidade política por questão de justiça, o que mostra que questões de política são sensíveis à escolha – e as que envolvem questões insensíveis à escolha. Um processo político igualitário em relação ao impacto geralmente é mais adequado às decisões que sejam de questões sensíveis à escolha; aqui, há um argumento a favor da igualdade horizontal.

O conveniente seria que publicidades falsas e outros atos praticados de má-fé fossem evitados; portanto, o ideal seria procurar restrições para as más influências, reduzir a importância do dinheiro na política e incentivar debates políticos em que seja possível detectar a má-fé; dessa forma, não há porque tentar alcançar a igualdade de influência.

Quanto às questões *insensíveis* à *escolha*, a decisão correta não depende de quantas pessoas aprovam determinada escolha, ou seja, não depende do que uma consulta pública possa oferecer. Utilizam-se aspectos da igualdade de impacto e de influência para aumentar a precisão das questões insensíveis à escolha. Para Dworkin, o constitucionalismo se torna um aperfeiçoamento da democracia se estiver limitado a tais questões.

Se determinada comunidade é igualitária no sentido abstrato, isto é, se aceita que toda comunidade deve tratar seus membros individualmente com igual consideração, a política é questão de responsabilidade, não de riqueza. Quando uma sociedade aceita o princípio igualitário abstrato, adota um sistema de decisões distributivas que trata todos como iguais.

Uma sociedade igualitária possui três consequências participativas: a simbólica, a agencial e a comunitária. A primeira considera cada cidadão livre e igual, tendo papel essencial na decisão coletiva. Na segunda as pessoas participam do processo político como agentes morais e não apenas eleitores. Por sua vez, a última sugere que as consequências da

participação popular no processo levam cada indivíduo a participar do sucesso ou não da decisão coletiva.

Nesse momento, é de suma importância fazer menção ao posicionamento de Dworkin a respeito da democracia, que a define como "governo exercido pelo povo" (DWORKIN, 2005, p. 282). Ela pode ser interpretada por meio de duas concepções distintas, quais sejam: *a majoritarista*, que acredita que a democracia é alcançada quando o governo representa a vontade da maioria das pessoas; e a *coparticipativa*, segundo a qual o governo exercido pelo povo significa que todos agem em conjunto, alcançando-se o autogoverno.

Para Dworkin, os cidadãos têm dois papéis principais em uma democracia madura: os cidadãos são juízes e participantes das competições políticas. São juízes quando a forma de decisão é a direta, como no plebiscito, e participantes quando podem ser candidatos ou correligionários das competições políticas, formando opinião pública.

A concepção majoritarista se vale apenas do papel de juiz. Aqui, é imprescindível a oportunidade de os cidadãos se informarem e deliberarem a respeito de suas escolhas; faz-se menção à questão da limitação dos debates políticos e até que ponto tal limite não fere o direito a igualdade. Em meio às críticas majoritaristas, que tanto repudiam essa limitação, pode-se encontrar um único argumento a favor: acreditam que as pessoas pensariam "com mais clareza se o governo limitar o que ouvem" (DWORKIN, 2005, p. 509).

Essa ideia só faz questão do sufrágio universal, pois pode avaliar a vontade da maioria dos cidadãos.

Já a concepção coparticipativa reconhece ambos os papéis, porquanto acredita que, em uma verdadeira democracia, os cidadãos devem participar da constituição da opinião pública. Aceita-se a imposição

dos limites de gastos, de campanha, por exemplo, visto que se vale da igualdade entre os contendores políticos.

Dworkin afirma que "precisamos de uma concepção de democracia que nos mostre o que há de tão bom na democracia" (ibid., p. 509-510). Nessa perspectiva, ele não acredita que a concepção majoritarista o faça, uma vez que um processo que permite que a vontade da maioria seja imposta à minoria – não corresponde à ideia de igualdade almejada.

A coparticipativa entende a democracia partindo do preceito de que os cidadãos governam a si mesmos coletivamente, sendo cada membro ativo e igual; o povo é o senhor. Essa forma de democracia tem três dimensões: a soberania popular, ou seja, relação entre o público e as autoridades que compõem o governo – tal forma exige que o povo tenha poder supremo; a igualdade de cidadania, que exige que todos os cidadãos participem de maneira igual do governo; e o discurso democrático, o qual sugere que "a democracia não pode oferecer uma forma genuína de autogoverno se os cidadãos não puderem falar à comunidade em uma estrutura e em um ambiente que incentive a atenção aos méritos do que dizem" (DWORKIN, 2005, p. 511). Essa última forma de democracia faz questão do sufrágio universal, porque entende o povo como juiz e participante do processo político.

Dworkin conclui que nenhuma nação conseguiu alcançar a perfeita igualdade política (o total controle das autoridades pelos cidadãos, dado que o dinheiro para as campanhas eleitorais seria injustamente distribuído). Afirma o autor que um discurso democrático respeitável nem sequer se faz presente, o que seria essencial, mesmo que uma forma pura de democracia seja inatingível.

Uma estrutura constitucional que garanta a liberdade de expressão protege a democracia. A igualdade dos cidadãos sugere que seus diversos grupos não fiquem em desvantagem e que conquistem a atenção e o

respeito por suas opiniões, sem que isso seja uma questão de poder aquisitivo ou de capacidade de influência legítima.

Entre os principais problemas enfrentados pela democracia estão os gastos. Segundo Dworkin, este é o principal fator de anulação de seu êxito; é o principal argumento a respeito da limitação dos gastos em campanhas políticas. O autor defende que a liberdade de expressão não pode ser absoluta, pois "não podemos proibir leis razoáveis que sejam necessárias para proteger a segurança nacional ou, talvez, reputações privadas" (DWORKIN, loc. cit.), e propõe uma estratégia que regulamente o discurso político, para reparar defeitos substanciais, desde que não prejudique a soberania e igualdade dos cidadãos. Tal estratégia inclui a imposição de limites com os gastos de campanha, limites estes razoáveis e proporcionais, para que a igualdade entre os cidadãos na política seja alcançada.

O autor traz discussão a respeito da limitação ou não dos gastos de campanhas. Para isso, apresenta duas interpretações: a profilática, que diz que o discurso político não pode ser limitado, sob pena de ferir a democracia, e a limitação dos gastos, afirmando que agride a igualdade, "porque afinal não são neutras entre as perspectivas políticas" (DWORKIN, loc. cit.). Há ainda uma terceira interpretação, que deriva da concepção coparticipativa acima mencionada e é mais flexível no que se refere à regulamentação da liberdade de expressão: essa flexibilidade aumentaria a igualdade entre os cidadãos se respeitadas a razoabilidade e a proporcionalidade.

Dworkin acredita que a democracia existente foi prejudicada pelo que chama de maldição do dinheiro; aqueles que podem arcar com os gastos das grandes publicidades nos meios de comunicação, ou seja, os mais ricos, possuiriam maior influência. Logo, gastos ilimitados agridem a igualdade dos cidadãos, a soberania popular. Já que só os ricos participam das disputas eleitorais com chances reais de vencê-las, há visível distorção da atual democracia.

A seguinte passagem de Dworkin é fundamental para amplo entendimento de seu posicionamento sobre a democracia.

> Nós nos orgulhamos da legitimidade democrática de nossa forma de governo: orgulhamo-nos porque somos uma nação em que o povo governa a si mesmo. Mas o autogoverno significa mais do que o sufrágio igualitário e eleições frequentes. Significa uma parceria de iguais, raciocinar juntos sobre o bem comum. Não poderemos nunca alcançar esse ideal plenamente – nação nenhuma poderia. Mas quando os políticos estão encharcados de dinheiro, como nossos políticos estão então nos arriscamos, não à simples imperfeição, mas à hipocrisia (DWORKIN, 2005, p. 541-542).

Em suma, pode-se dizer que a teoria de Dworkin se fundamenta na ideia de que todos precisam ter os mesmos direitos assegurados, seja no âmbito político, seja no social. Essa é uma igualdade pragmática e só pode ser alcançada por meio de uma justa distribuição dos recursos do Estado; efetiva-se por meio de ações políticas afirmativas, sendo o Estado responsável por trazer medidas eficientes para propiciar as mesmas condições a todos os cidadãos. Além disso, o ideal seria que todos os cidadãos desenvolvessem de forma igual na sociedade e na política tanto impacto como influência. Entretanto, o que se vê é que todos eles possuem o mesmo impacto, uma vez que o voto de todos tem o mesmo peso, porém a influência é privilégio de alguns – em geral, daqueles com maior poder aquisitivo, pois valem-se de meios para influir determinadas ações nos demais, suscitando-lhes modificações.

4.2 A igualdade na distribuição do Fundo Partidário

Até o momento, fez-se amplo estudo a respeito do princípio fundamental da igualdade, de acordo com a Constituição Federal de 1988. Foram abordadas teorias de diferentes autores e filósofos a respeito de tal princípio e, na sequência, explanou-se a questão do Fundo Partidário nas eleições brasileiras: como é feita a arrecadação de seus recursos e quais são os critérios de distribuição entre os partidos políticos existentes. Tudo isso para que fosse possível responder às questões centrais deste trabalho: é possível afirmar que existe igualdade

de acesso entre partidos políticos e candidatos, em relação à disputa democrática? Como a distribuição dos recursos do Fundo Partidário influencia nos resultados dessa disputa?

Em síntese, entende-se que a agremiação que tiver maior representatividade no Congresso Nacional, ou seja, com mais deputados federais eleitos, receberá quantidade maior de recursos do Fundo Partidário. A principal justificativa desse critério de distribuição é o intuito de fortalecer os partidos políticos e de garantir sua autonomia financeira, concedendo maior estabilidade aos governos. Contudo, esse sistema gera certa discrepância entre os partidos, uma vez que aqueles que possuem menor representatividade parlamentar acabam prejudicados na disputa democrática, porque recebem menos recursos que os demais.

Diante dessa realidade, entende-se que a maneira atual de distribuir os recursos advindos do Fundo Partidário contraria o princípio fundamental da igualdade, presente no art. 5º, I, da Constituição Federal de 1988, que não admite nenhuma espécie de discriminação, a não ser que haja justificativa plausível para o tratamento diferenciado, o que não é o caso. Para José Jairo Gomes, no Direito Eleitoral, esse princípio rege inúmeras situações e, por isso, tem especial relevância, como o dever de garantir as mesmas oportunidades aos concorrentes a cargos político-eletivos. Nesse contexto, chega-se à conclusão de que o princípio da igualdade é violado ao deixar de proteger de maneira adequada o *pluralismo político* e o *princípio democrático*.

De acordo com a Carta Magna vigente, o pluralismo político é um dos fundamentos do Estado democrático de direito; é a possibilidade de coexistirem pacificamente diversas opiniões e ideias, reconhecendo que a sociedade é formada por vários grupos e que cada um deles deve ter as mesmas oportunidades de se expressar. Tal divisão dos recursos do Fundo Partidário identifica a existência de diversos grupos – os partidos

políticos –, mas não proporciona as mesmas oportunidades a eles. Ao se disponibilizarem mais recursos às agremiações com mais parlamentares eleitos, diminui a oportunidade de os menores alcançarem, um dia, os cargos almejados, perpetuando-se no poder os mesmos grupos políticos. Não há renovação na representação política com propostas, ideais e interesses diferentes, que, hipoteticamente, poderiam defender interesses de diversos grupos sociais.

Além disso, esse modelo de divisão deixa sem amparo também o *princípio democrático*, que, segundo José Afonso da Silva, "há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais" (SILVA, 2005, p. 122). Entende-se que, onde a democracia é o regime vigente, o povo se legitima por meio de mais ampla representação do povo no poder; é a racionalização do processo político. Não se vislumbra, na atual perspectiva, um pluralismo eficaz de fato. O que há é pequena rotatividade entre poucos partidos que estão se alternando no poder, há muito tempo, reiterando, ano após ano, propostas vazias e falta de comprometimento com os eleitores.

O não amparo ao pluralismo político e ao princípio democrático ocorre, pois a realidade vivenciada fere os princípios da *eficiência* e da *finalidade*. O primeiro é um dos princípios norteadores da administração pública. Para José Afonso da Silva, "o princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade dos consumidores" (SILVA, 2005). O governo deve atuar com eficiência em toda e qualquer situação, exigindo que os agentes públicos utilizem os recursos públicos da melhor forma possível, valendo-se de critérios legais e morais e garantindo maior benefício social. Observa-se que a distribuição dos recursos do fundo não atende ao que propõe esse princípio, uma vez que não é utilizado da melhor forma para se obter tal benefício.

Ademais, o modelo fere o princípio da finalidade, que busca sempre alcançar os melhores resultados, visto que não garante a melhor forma de realização do fim público, que é, nesse caso, garantir a todos os candidatos as mesmas razoáveis chances de alcançar um cargo eletivo ou ao povo de ser representado de maneira adequada. O que traz sentido a uma norma é a finalidade a que ela se destina, logo é por meio desse sentido que se chega a sua correta forma de aplicação. Quando o objetivo não é alcançado, essa norma não está sendo exercida de forma eficaz e, consequentemente, o princípio da finalidade está sendo violado. É o que se pode constatar na questão central deste trabalho. Ao não alcançar seu objetivo, os dispositivos que regulamentam a distribuição do Fundo Partidário ferem o princípio da finalidade, deixando, assim, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, como determina o art. 3º, inciso I, da Constituição Federal. Como o próprio texto legal diz, trata-se de um dos objetivos fundamentais deste país, sendo, portanto, inaceitável tal violação.

Em síntese, o que se observa é uma proteção insuficiente do princípio da igualdade. O que se sugere é a existência de uma limitação legislativa, objetivando o equilíbrio para que, de um lado, não haja a criação desenfreada de partidos políticos, muitas vezes sem qualquer ideologia, e de outro, o acesso aos recursos de financiamento público não seja tão difícil de alcançar a ponto de excluir os que possuem menor poder. Entende-se que ainda não há solução plausível para esse entrave; é questão a ser resolvida.

Com a declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira e a forma como se dá a distribuição do Fundo Partidário, desencadearam-se no Brasil os dois problemas. Por um lado, o que se percebe é a criação de mais e mais partidos, ano após ano, sem nenhuma força política. Hoje tem-se 35 partidos políticos no país, mas apenas 2 são efetivos. Segundo Emerson Cervi, todas as eleições presidenciais entre 1994 e 2014 apontam para uma concentração de poder político em poucos

partidos ou líderes, uma vez que PT e PSDB foram os únicos a elegerem presidentes durante esses 20 anos. Juntos, eles respondem por dois terços dos votos de todas as eleições e, em 2006, chegaram a obter mais de 90% dos votos no primeiro turno das eleições presidenciais.

Como se pode perceber, a distribuição dos recursos financeiros e midiáticos exerce extrema influência nos resultados das eleições, tanto que exige um indicador, chamado Índice de Presença Eleitoral, que também ajuda a confirmar essa situação de restrição de apenas dois partidos com influência sobre a população. Segundo Emerson Cervi,

> O indicador é formado por três dimensões principais: indicação de candidatos, captação de recursos para as campanhas e desempenho eleitoral. Evidente que cada uma dessas dimensões tem importância relativa para explicar o sucesso eleitoral ou a presença dos partidos nas disputas democráticas, não sendo mais possível pensar em explicações suficientemente amplas a partir de apenas uma das dimensões do processo eleitoral (CERVI, 2016, p. 41).

Sugere-se aqui a volta da aplicação da cláusula de desempenho ou cláusula de barreira, de forma diferente da sugerida anteriormente. Propõem-se critérios eficientes para a criação de um partido político, além de alteração nos percentuais que distribuem os recursos do Fundo Partidário e do tempo das campanhas eleitorais. Em suma, pretende-se trazer equilíbrio à situação, porque só assim será possível alcançar a igualdade (ao menos num patamar mínimo) e a garantia dos demais direitos políticos.

4.3 A violação ao princípio da igualdade segundo Bobbio

Adaptando a perspectiva de Bobbio para a análise desenvolvida neste trabalho, pode-se afirmar que a distribuição do Fundo Partidário da forma como é feita atualmente fere o que ele chama de igualdade de oportunidade – uma das quatro formas de igualdade apontadas pelo autor, como demonstrado anteriormente –, que ocupa a posição de pilar

do Estado democrático de direito. Bobbio acredita que o processo político eleitoral é aplicação do princípio da igualdade. Objetiva-se alcançar a equidade entre os indivíduos de dada sociedade no que se refere aos direitos políticos. O autor defende que em um Estado democrático o processo político eleitoral deve tornar mais iguais os cidadãos, e não é o que se verifica entre os candidatos que concorrem a cargos públicos. Os partidos menores, que recebem menos recursos e têm tempo de propaganda política gratuita, acabam não tendo a mesma oportunidade de crescer no cenário político, uma vez que não são tão ouvidos. Suas propostas não alcançam a população da mesma forma que as dos partidos maiores, que continuam com maior poder de influência econômica e midiática para seguirem no cenário político.

Na igualdade de oportunidades, a regra da justiça deve ser aplicada em um ambiente de competição em que somente um dos concorrentes poderá conquistar o objetivo final. É exatamente o que ocorre em uma disputa eleitoral: têm-se vários candidatos, entretanto apenas um deles poderá assumir o cargo disputado. O objetivo dessa igualdade é fazer com que todos os membros de determinada sociedade tenham condições de participar de uma competição, só sendo permitida a desigualdade como instrumento para alcançar a igualdade. Essa forma de igualdade possui duas direções: uma exige que o ponto de partida seja igual para todos os membros da sociedade e a outra seria sua inclusão em situações econômicas e de grande relevância. A distribuição do Fundo Partidário como se dá hoje não inclui todos os candidatos em uma situação econômica de grande relevância; pelo contrário, o critério econômico é causa de desigualdade na competição. O ponto de partida dos candidatos acaba não sendo o mesmo, uma vez que uns são mais vistos, por poderem bancar uma campanha política com maior impacto nos eleitores, e outros, menos favorecidos, não.

4.4 A violação ao princípio da igualdade dos recursos e das propagandas políticas segundo Dworkin

Dworkin tem o princípio igualitário abstrato como ponto de partida dos seus estudos e acredita que o governo deve ter igual consideração pela vida de todo e qualquer de seus cidadãos. Tal princípio é usado para atingir o objetivo do autor: obter a melhor forma de democracia possível e, consequentemente, a melhor distribuição do poder político. Diante disso, e fazendo, a partir de agora, conexão com o tema deste trabalho, é possível afirmar que a participação política de todos os cidadãos deve ter igual consideração, sendo eles eleitores, candidatos a cargos eletivos ou os que se saírem vitoriosos na disputa.

Além do princípio igualitário abstrato, Dworkin também se baseia em outros dois princípios: o da igual importância e o da responsabilidade especial. O atual modelo de distribuição do Fundo Partidário fere ambos: o primeiro ao insuflar que o destino dos candidatos aos cargos eleitorais é, sim, determinado por quem eles são, haja vista que a maioria dos recursos se destina a partidos que possuem maior número de representantes eleitos no Congresso Nacional; e o segundo devido às inúmeras barreiras – principalmente a influência e o dinheiro – impostas aos cidadãos para ingressar na vida política, impedindo essa garantia do Estado. Aplicando a análise de Dworkin a este trabalho, pode-se afirmar que o governo brasileiro é ilegítimo, pois não garante o cumprimento desses dois princípios básicos.

Para o autor, a concepção mais precisa de democracia é a chamada de mista ou dependente, porquanto a igualdade de um processo político está na distribuição igualitária do poder político, que deve ser considerado tanto de forma vertical (entre as autoridades e os cidadãos), quanto na horizontal (cidadãos entre si), quanto no que se refere à igualdade de impacto (que é o que cada cidadão faz ao votar)

e à de influência (a capacidade de induzir os outros a fazer a mesma escolha que a sua). Nesse aspecto, o modelo atual se mostra injusto visto que determinados partidos têm mais influência em decorrência do maior recebimento de recursos do Fundo Partidário e do maior tempo de propaganda eleitoral gratuita concedidos, decisão pautada em critério de maior representatividade. Assim, os que já estão no poder recebem mais benefícios para nele se manter, enquanto aqueles que não conseguiram que suas ideias fossem propagadas de forma eficiente continuam sem apoio. Na visão do autor, uma sociedade igualitária tem o objetivo de fazer com que seus membros tenham interesse mútuo pela justiça, tendo cada um deles o maior espaço possível para envolver sua vida na política. Vê-se que Dworkin estava correto ao entender que injustiças distributivas existem nas sociedades, como é caso da distribuição do Fundo Partidário. Todavia, sua proposta de usar a desigualdade de influência política para corrigir as desigualdades existentes não é eficaz neste país, visto que os critérios de discrepância acabam por gerar mais desigualdade em vez de remediá-la, violando outras características de uma sociedade igualitária.

Dworkin também nos apresenta duas classes de decisões políticas: as sensíveis à escolha e as insensíveis à escolha. As sensíveis defendem que a solução correta depende de caráter distributivo (pode-se dizer, portanto, que as questões políticas se enquadram aqui), o que diz respeito à distribuição tanto de recursos financeiros como de tempo de campanha. Com base nessa concepção, obtém-se um processo político igualitário. Mas é necessário que a publicidade que influencia de maneira negativa os cidadãos seja coibida, reduzindo também a importância do dinheiro em tal processo, e que se garanta aos que tencionam adentrar a política por vocação e vontade a oportunidade de se expressar de forma efetiva, por meio do incentivo dos debates políticos. Em relação às questões insensíveis à escolha, depende da quantidade de pessoas que aprovam

determinada escolha; se uma sociedade estiver organizada, seu êxito será questão de responsabilidade, não sendo mais o dinheiro determinante.

Conclui o autor que a democracia coparticipativa é a forma ideal, mas que nenhuma sociedade conseguiu alcançar a perfeita igualdade política, haja vista a falta de controle das autoridades pelos cidadãos, a distribuição desigual do dinheiro destinado às campanhas políticas e a falta de um discurso democrático respeitável.

A questão não é sugerir que o Brasil alcance de imediato a perfeita igualdade política, afinal algo idealizado estaria bem mais distante de ser realizado. Mais eficiente seria começar a implantar políticas públicas para que determinados grupos de cidadãos se valham de suas vantagens para se beneficiar das desvantagens dos demais. O objetivo é fazer com que cada vez mais grupos conquistem incentivos públicos, atenção e respeito das suas ideias, espaço para divulgá-las e recursos para que possam ser colocados em prática. O que não se deve mais permitir é que o fator aquisitivo seja determinante para se obter êxito na vida política. Dworkin propõe estratégia para que se limitem os gastos com as campanhas eleitorais, para que a igualdade seja alcançada, pois acredita que a democracia está sendo atingida pelo que chama de maldição do dinheiro e, diga-se de passagem, é exatamente o que ocorre nos dias atuais. A igualdade proposta pelo autor é a que deve ser buscada no contexto atual do Brasil, uma igualdade pragmática, igualdade na distribuição dos recursos do Estado.

5 Considerações finais

Pôde-se entender, com base neste estudo, que a questão da distribuição do Fundo Partidário necessita passar por reformas para garantir que as disputas eleitorais sejam pautadas no princípio fundamental da igualdade. Em um processo eleitoral utópico, todos os candidatos, de todos os partidos políticos existentes, teriam exatamente as mesmas oportunidades

de obter o resultado positivo nas eleições (segundo Dworkin, mesmo poder de impacto e de influência sobre os eleitores). Teriam, também, as mesmas chances financeiras e de aparição midiática. Entretanto, não é o que ocorre. O que se verifica hoje em dia é um sistema eleitoral falho, que permite, por um lado, a criação desenfreada de partidos políticos, muitas vezes sem a concepção ideológica mínima que se deveria exigir de uma entidade com tamanha relevância. Por outro, apesar do número alto de partidos políticos existentes, o que se pôde notar foi a predominância de apenas 2 deles nos resultados eleitorais dos últimos 20 anos da história do Brasil. Alternou-se apenas entre dois partidos políticos – PT e PSDB – o cargo de maior poder dentro do país, o de presidente da República; isso demonstra a falha na diversidade representativa do Brasil.

No que se refere ao princípio fundamental da igualdade, Norberto Bobbio acredita que ele determina o conceito de pessoa humana, e, por ser uma das principais características de um Estado democrático de direito, é protegido pela Constituição Federal de 1988, que defende que todos são iguais perante a lei, sendo inadmissível qualquer forma de discriminação (a não ser que tal discriminação vise alcançar a igualdade substancial. É esse princípio que este trabalho buscou alcançar. Entende-se o Fundo Partidário como uma forma de financiamento público das campanhas eleitorais, e é por meio da sua forma de distribuição que se alcança maior ou menor equidade entre os candidatos na disputa democrática. Como já admitido, essa igualdade ainda não se faz presente nas eleições brasileiras, urgindo a questão dos direitos políticos, que são a base do sistema democrático. Assim, é possível afirmar que, quando não se alcança a igualdade nessa situação, os direitos políticos são feridos, desestabilizando o regime democrático.

Portanto, atualmente, não se vê igualdade razoável de acesso à disputa democrática e isso ocorre devido à forma injusta que se dá a distribuição dos recursos advindos do Fundo Partidário. O que se sugere

é que seja feita uma reforma nessa distribuição, atribuindo porcentagens de valores para cada partido – o que garantiria a igualdade e a eficiência da pretensão partidária, ao menos quanto a um patamar mínimo mais razoável/proporcional, assegurando maior chance de impacto e influência a partidos menores –, e o estabelecimento de critérios mais rígidos para a criação de partidos políticos. Saber quais seriam as porcentagens e os critérios adequados ainda depende de muito estudo sobre o caso e segue como uma questão a ser resolvida pelo Legislativo, por meio de uma reforma eleitoral.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Plenário do STF considera "cláusula de barreira" inconstitucional*. Dez. 2006. Disponível

em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68591>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Fundo Partidário pagou mais de R$ 65 milhões aos partidos políticos em julho e junho*. Jun. 2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Julho/fundo-partidario-pagou-mais-de-r-65-milhoes-aos-partidos-politicos-em-julho-e-junho>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de. O financiamento público exclusivo de campanha: uma chance de liberdade. *Revista Eletrônica EJE/Tribunal Superior Eleitoral*, ano 3, n. 5, ago./set. 2013. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-5-ano-3/o-financiamento-publico-exclusivo-de-campanha-uma-chance-de-liberdade>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CERVI, Emerson Urizzi. *PT e PSDB em eleições nacionais*: fatores geográficos, políticos e socioeconômicos na polarização partidária no Brasil (1994 e 2014). Curitiba: Flasco, 2016.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. Reforma política e direito constitucional: o caso brasileiro. *Revista da Academia de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 4, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*: a teoria prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar. *Ações diretas de inconstitucionalidade n°s 1.351-3 e 1.354-8*. Voto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/VotoGilmarADI1351.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RAPOSO, Olivia. *Direito eleitoral comparado*: Brasil, Estados Unidos, França. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

SPECK, Bruno. *Financiamento eleitoral no Brasil e nos EUA*. Disponível em: <http://www.unicamp.br/unicamp/clipping/2012/08/14/financiamento-eleitoral-no-brasil-e-nos-eua>. Acesso em: 20 mar. 2017.

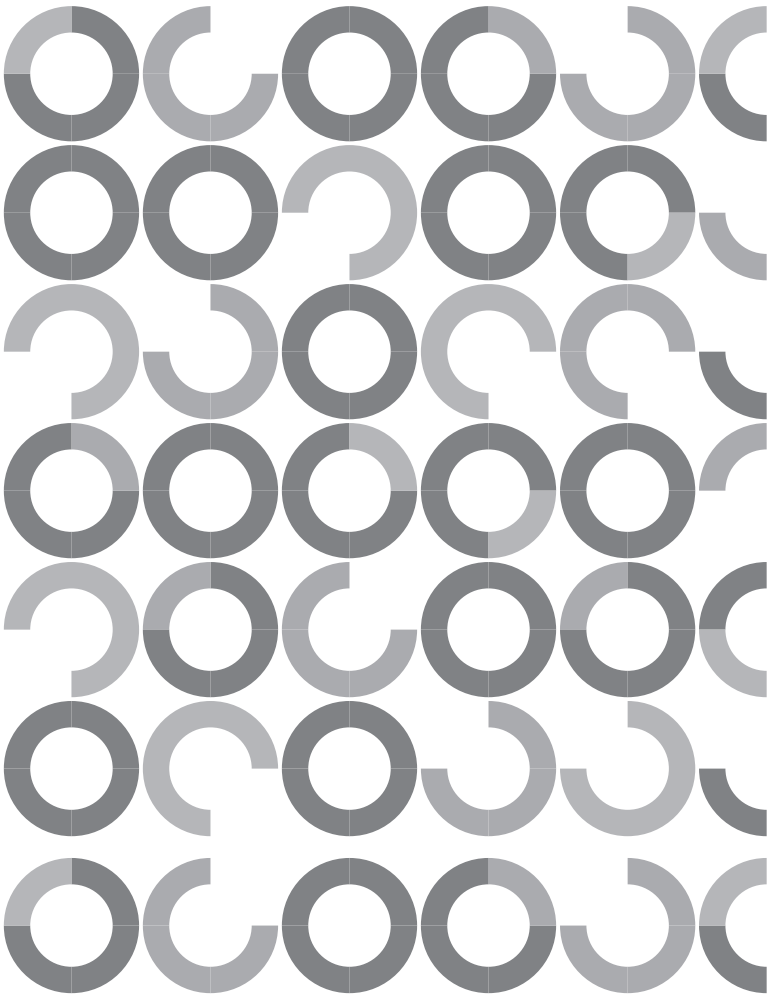
TELLES, Olivia Raposo da Silva. *Direito eleitoral comparado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTUDOS ELEITORAIS

A reserva de vagas no Legislativo para mulheres: ação afirmativa para a plenitude democrática

Cláudia Izidoro Sapi



A reserva de vagas no Legislativo para mulheres: ação afirmativa para a plenitude democrática[1]

System of quotas for women in the Legislature: affirmative action for a democratic fullness

Cláudia Izidoro Sapi[2]

RESUMO[3]

Este artigo trata da baixa participação política feminina no Brasil e das poucas representantes no Poder Legislativo, destacando que as mulheres compõem mais da metade do eleitorado. Objetiva, ainda, atestar a necessidade de políticas afirmativas para aumentar a participação política feminina, principalmente por meio das cotas, com embasamento nas teorias da representação descritiva, de reconhecimento e de democracia paritária. O método empregado na elaboração deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica. Ao final, sugere-se a reserva de cadeiras para mulheres no Poder Legislativo.

Palavras-chave: Democracia. Igualdade de gênero. Política. Minoria.

---

[1] Artigo recebido em 16 de setembro de 2017 e aprovado para publicação em 26 de dezembro de 2017.

[2] Analista Judiciário do TRE/MG. Especialista em Direito Público (Anamages/ Fadipa) e em Direito Público Contemporâneo (UFJF). Membro do grupo de pesquisa e estudos eleitorais (Sedip/ TRE/MG).

[3] Agradeço o auxílio do colega do TRE/MG, Dr. João Andrade Neto, que em muito me ajudou com este artigo.

ABSTRACT

This article studies the low women's political participation in Brazil. Although they are more than half of the constituency, there are few representatives in the Legislative Power. The aim of this paper is to study the need of affirmative policies to increase women's involvement in politicy, mainly through quotas, supported by the theory of descriptive representation, recognition and parity democracy. The research was based on bibliographic review. In the end, is been suggested the implementation of opening reserves for women in the Legislative.

Keywords: Democracy. Gender equality. Politics. Minority.

1 Introdução

O cenário político atual demonstra a pequena porcentagem de mulheres que ocupam cargos no Poder Legislativo brasileiro, embora sejam maioria do eleitorado. Verifica-se que os mecanismos atuais de inserção da mulher na política, como a reserva de vagas para a candidatura, não produziram os efeitos esperados, perpetuando-se a baixa participação política feminina.

Considerando-se o conceito moderno de democracia paritária, há a necessidade de reafirmar os reflexos positivos da adoção de políticas afirmativas mais efetivas, como a reserva de vagas nos órgãos legislativos, observando-se que uma emenda constitucional a respeito está em tramitação.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que, diante do fracasso dos meios até então utilizados para tais fins, faz-se necessária no Brasil a adoção de políticas afirmativas mais eficazes, como as cotas, que visam aumentar a participação política feminina. Essa medida é legítima e juridicamente justificada à medida que promove os princípios da democracia, do pluralismo, da igualdade e da representação – compreendidos da perspectiva da democracia paritária (PATEMAN, 1992), do direito ao reconhecimento (HONNETH, 2003) e da representação descritiva (ALMEIDA, 2017).

Inicialmente foram analisados os dados disponíveis em pesquisas já elaboradas sobre gênero quanto ao perfil do eleitorado brasileiro – quantidade de candidatas e quantidade de cadeiras ocupadas por mulheres no cargo de deputada federal e estadual. Também foram analisados o instituto da reserva de vagas de gênero para candidatura e o impacto causado.

Das pesquisas apresentadas, conclui-se que há baixa participação política feminina, mas que as mulheres gostariam de participar mais; contudo, não têm o apoio necessário, principalmente dos partidos políticos.

No decorrer do trabalho, demonstrar-se-ão os princípios do ordenamento jurídico pátrio que confirmam a necessidade de criação e de efetivação de políticas públicas mais eficazes para a participação igualitária da mulher na política, principalmente no tocante à reserva de cadeiras no Legislativo.

Será apresentado o conceito de democracia paritária (PATEMAN, 1992), que ultrapassa o de democracia representativa por meio do voto da maioria.

Como as mulheres pertencem a grupo minoritário, a Teoria do Reconhecimento de Honneth (2003) traz a ideia da necessidade de reconhecimento jurídico desse grupo, visando à diminuição da desigualdade política.

Por fim, será empregado o conceito de representação descritiva de Almeida (2017), "diante dos limites da igualdade matemática do voto", como alicerce para a viabilidade da representação das mulheres no Poder Legislativo por meio da reserva de cadeiras.

Ao final, concluir-se-á que a criação de políticas afirmativas para a inserção de mulheres na política é inevitável para a efetividade democrática – sendo tais políticas sustentadas pelos princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2 Uma crítica à efetividade da reserva de candidaturas por gênero

Num primeiro momento, por meio de dados quantitativos, é importante que seja traçado o cenário político atual na questão da diferença de gênero. Conforme dados do TSE (4/2016), o eleitorado brasileiro atualmente é composto de 48,130% de homens e 51,850% de mulheres (BRASIL, 2016). Há praticamente o mesmo número de eleitoras e de eleitores.

Já no aspecto de participação política como titular de cargo no Legislativo, a disparidade é grande, pois a masculina é bem maior que a feminina. Nas eleições gerais de 2014 para o cargo de deputado federal, que conta com 513 cadeiras, 462 homens de 4.382 candidatos foram eleitos, enquanto apenas 51 das 1.796 mulheres candidatas o fizeram. Trata-se de 411 homens a mais que mulheres, as quais ocuparam 10% das cadeiras. Para o cargo de deputado estadual, foram 10.556 candidatos para 4.326 candidatas – 921 homens e 114 mulheres eleitos (BRASIL, 2016). Ao se verificarem tais dados, torna-se evidente que a participação de homens e de mulheres na política não é igualitária.

Um dos mecanismos atuais para reduzir a disparidade entre homens e mulheres é a reserva de vagas para candidatura. A Lei nº 9.504/1997, conhecida como Lei das Eleições (redação dada em 2009), prevê a reserva de vagas para cada sexo. Segue o texto da lei:

> Art. 10. [...]
> § 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034/2009)

Essa previsão legislativa não foi suficiente para mudar o cenário político quanto à participação política feminina – a norma que alterou o dispositivo, incluindo a reserva de vagas para candidaturas, foi a de 2009.

Nas eleições de 2008, conforme estatística do TSE, antes da reforma, a porcentagem de candidaturas foi de 16,347% para mulheres e de 83,651% para homens, enquanto em 2010, após a reforma, houve 77,577% e 22,433%, respectivamente (BRASIL, 2016).

Com a aprovação da lei de reserva de vagas de no mínimo 30% para cada sexo, a mudança não foi expressiva: houve aumento de apenas 6,086% de candidaturas do sexo feminino. Desse dado, observa-se que uma modificação simples na legislação não fez com que as mulheres se lançassem candidatas. Há ainda a questão das candidaturas fictícias: partidos políticos registram a candidatura de mulheres apenas para cumprir a reserva de vagas (BRASIL, 2016).

Conforme relatório de 2015 da Secretaria de Política para Mulheres, essa reforma também não foi capaz de aumentar o número de candidatas eleitas. Em 2006, havia 11,6% de deputadas estaduais e distritais eleitas e, em 2010, 13,3%. Já as deputadas federais foram 8,8% em 2006 e em 2010. Conclui-se que não houve crescimento substancial no número de mulheres eleitas após a reforma da legislação em 2009 (BRASIL, 2015).

A crítica aqui feita não é quanto à importância da lei, mas à sua efetividade. Embora não tenha havido grande variação numérica, vale ressaltar que a alteração da legislação traz benéfica mudança no paradigma social. A alteração legislativa representa luta social para a inclusão das mulheres no campo político.

3 Reflexos sociais da participação política feminina

A participação da mulher na política também é medida pelo Índice de Desenvolvimento Humano de um país. É perscrutada a porcentagem de assentos no parlamento por mulheres, calculando o índice de desigualdade de gênero. No relatório de 2014, o Brasil ficou na 79ª

posição, atrás de países como o Cazaquistão (70º) e Sri Lanka (73º) (NAÇÕES UNIDAS, 2014).

Questiona-se a possibilidade de a mulher não desejar participar, considerando o baixo número de candidaturas, quando se fala sobre participação feminina. Contudo, o Senado, em pesquisa constante na cartilha *Mulheres na política*, indagou: "E você, já pensou seriamente em se candidatar para algum cargo político nas eleições?". Responderam positivamente 75% dos entrevistados do sexo masculino e 87% do feminino, as quais se dizem interessadas em participar efetivamente da política. De acordo com as pesquisas realizadas, há dissenso entre os números e a realidade (BRASIL, 2015).

A cartilha informa que a maioria das mulheres não se candidata por falta de apoio dos partidos políticos e que a sociedade apoia a criação de políticas afirmativas para inserção da mulher na política, a reserva de candidatura de 50% e multa para o partido em caso de descumprimento. Além disso, 69% dos entrevistados são a favor da reserva de cadeiras no Parlamento (BRASIL, 2016).

Pelas pesquisas realizadas, constata-se que há mais eleitoras que eleitores e que há mais eleitos que eleitas – as mulheres se dizem interessadas na política e participariam se houvesse apoio efetivo dos partidos políticos. Há apoio da sociedade para essa participação bem como para a criação de reserva de cadeiras.

A pesquisa do Senado reforça a tese de que as mulheres sentem que o ambiente dos partidos políticos não lhes pertence, uma vez que os representantes partidários são, em sua maioria, homens. Esse cenário será perpetuado enquanto não houver mudança do perfil dos partidos políticos. Também por esse motivo, as cotas são importantes para a mudança da composição dos partidos políticos, que são predominantemente masculinos.

> Assim, parcela significativa das vagas ou da prioridade eleitoral, tende a ser direcionada para aqueles que já estão ocupando cargos e estão tentando reeleição; ou que disputam pela primeira vez, mas compõem o perfil tradicional do representante partidário [...]. E, por razões históricas, aqueles que já estão eleitos estão ocupando cargos ou têm históricos partidários são, predominantemente, homens (ARAÚJO, 2017, p. 5).

4 Da necessidade de cotas e outras políticas afirmativas

O atual modelo de sociedade, em decorrência de sua formação androcêntrica, sexista e misógina, naturalmente exclui a mulher da participação política (MATOS, 2010).

Essa diferenciação pelo gênero segrega as mulheres, colocando-as em um grupo de minoria social. Muitos de seus direitos ainda são deixados de lado e suas vozes não são ouvidas, primando-se, assim, pelo culto ao masculino:

> O androcentrismo e sexismo predominantes exigem a mudança dos valores culturais (assim como de suas expressões legais e práticas) que privilegiam a masculinidade e negam respeito às mulheres. Exigem o descentramento das normas androcêntricas e a revalorização de um gênero desprezado. A lógica do remédio é semelhante à lógica relativa à sexualidade: conceder reconhecimento positivo a um grupo especificamente desvalorizado (FRASER, 2016, p. 4).

Para a conquista da igualdade de gênero, primeiramente é necessário que sejam traçadas políticas afirmativas para que a igualdade seja material e efetiva, propiciando a democracia em que todos os grupos sejam representados:

> [...] a vantagem de um sistema democrático (poliárquico) comparado a outros métodos políticos reside no fato de ser possível uma ampliação do número, do tamanho e da diversidade das minorias que podem mostrar sua influência nas decisões políticas e no conjunto do caráter político da sociedade (PATEMAN, 1992, p. 19).

Como prova da indispensabilidade de alteração da legislação pátria para a efetivação da justiça social, atualmente tramita, na Comissão de

Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 134/2015, já tendo sido aprovada no Senado Federal, onde foi criada. A PEC assegura representação mínima de cada gênero, conforme relatório da Comissão de Constituição e Justiça:

> A proposta de emenda à Constituição em epígrafe, oriunda do SENADO FEDERAL, pretende acrescentar art. 101 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para assegurar "a cada gênero, masculino e feminino, percentual mínimo de representação nas cadeiras da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa do DF e das Câmaras Municipais, nas três legislaturas subsequentes à promulgação da Emenda Constitucional, nos termos da lei, vedado patamar inferior a: I - 10% das cadeiras na primeira legislatura; II - 12% das cadeiras na segunda legislatura; e III - 16% das cadeiras na terceira legislatura". Adicionalmente, caso o percentual mínimo não seja atingido por determinado gênero, as vagas necessárias serão preenchidas pelos candidatos desse gênero com a maior votação nominal individual dentre os partidos que atingiram o quociente eleitoral (BRASIL, 2015).

5 A democracia paritária

Para referenciar este trabalho teoricamente, foi necessário buscar conceito que abraçasse a democracia minoritária ou paritária (igual para todos), conforme ensina Pateman (1992):

> Numa Teoria da democracia moderna, a 'igualdade política' refere-se à existência do sufrágio universal (um homem, um voto) com sua sanção por meio da competição eleitoral por votos e, mais importante, refere-se ao fato da igualdade de oportunidades de se ter acesso para influenciar aqueles que tomam as decisões por meio de processos intereleitorais, pelos quais diferentes grupos do eleitorado conseguem fazer com que suas reivindicações sejam ouvidas (PATEMAN, 1992, p. 19).

A democracia moderna é ilustrada na poliarquia de Robert Dahl (1997 apud PEREIRA), sendo um governo em que a soberania reside numa coletividade ampla, multicultural e com diversidade de ideias. A teoria da poliarquia explica que a desigualdade social afeta a competição política:

> A partir dos níveis de concentração ou dispersão de alguns recursos, tais como renda, riqueza, saber, *status*, ocupação, popularidade, dentre outros, é possível analisar a "distribuição de recursos políticos e habilidades". Quando esses recursos citados estão dispersos numa sociedade, é muito provável que se tenha uma distribuição mais igualitária dos recursos políticos, favorecendo

> assim a ascensão de um regime político competitivo. Já uma distribuição desigual desses recursos, isto é, uma concentração dos mesmos, favorece a consolidação de um regime hegemônico (PEREIRA, 2016, p. 76).

Uma sociedade múltipla e plural que englobe vários aspectos humanos, incluindo o gênero, com diversidade de atores e de grupos sociais e demandas sociais diferentes e específicas, possibilitará a esses atores a autorrepresentação. Não cabe mais a representação hegemônica de grupos sociais diversos; um grupo pequeno não pode representar toda essa sociedade plural.

O governo deve observar as preferências dos cidadãos politicamente iguais e, assim, pautar a sua conduta, além de munir os cidadãos com diversas garantias, como a elegibilidade (efetiva) para cargos públicos.

Diante dessa pluralidade, o sistema eleitoral deve proporcionar chances reais de elegibilidade para todos os cidadãos. A atual legislação não fornece mecanismos suficientes para que as mulheres sejam titulares de cargos políticos. Para a factual elegibilidade das mulheres, é necessária a efetivação de políticas afirmativas, principalmente das cotas.

6 A igualdade de gêneros

A igualdade de gênero, fazendo-se breve análise, deve ser aplicada em seu aspecto material – não formal. A equidade entre mulheres e homens deve existir de forma eficaz e, dada a exclusão cultural das mulheres quanto ao campo de decisão, a simples possibilidade de concorrerem a cargos eletivos não leva à tão almejada igualdade política.

A teoria do reconhecimento, segundo Honneth (2003), assevera que o gênero é um grupo especificamente considerado, assim, possui particularidades que devem ser tuteladas:

> Os atores sociais só conseguem desenvolver a consciência de que eles são pessoas de direito, e agir conseqüentemente, no momento em que surge historicamente uma forma de proteção jurídica contra a invasão da esfera

> da liberdade, que proteja a chance de participação na formação pública da vontade e que garanta um mínimo de bens materiais para a sobrevivência (HONNETH, 2003, p. 190).

A sociedade reconhece o grupo específico mulheres e entende as necessidades peculiares a esse grupo. Assim, verifica-se que a esse grupo devem ser conferidos direitos específicos também.

A mulher deve ter a chance de participar da formação pública da vontade, e seu grupo social deve ter a capacidade de influenciar a sociedade a acatar os direitos que lhes são peculiares.

A participação política efetiva como membro do Parlamento faz com que o grupo social esteja representado fisicamente, o que é relevante como justiça social e como política afirmativa. O fato de a mulher poder se ver num espaço de poder faz com que ela mude sua visão sobre si mesma (autorrespeito) e se sinta capaz de se inserir naquele meio. Além disso, faz com que pautas específicas da mulher sejam debatidas nos espaços de poder, com acesso aos recursos políticos e sociais (HONNETH, 2003).

O reconhecimento jurídico torna os sujeitos sociais iguais, o que pressupõe a participação política efetiva e a capacidade de modificar o meio social; não basta o sistema eleitoral atual para cumprir a formalidade do sistema de cotas de candidatura:

> O sistema jurídico deve expressar interesses universalizáveis de todos os membros da sociedade, não admitindo privilégios e gradações. Por meio do direito, os sujeitos reconhecem-se reciprocamente como seres humanos dotados de igualdade, que partilham as propriedades para a participação em uma formação discursiva da vontade. Nesse sentido, as relações jurídicas geram autorrespeito: "consciência de poder se respeitar a si próprio, porque ele merece o respeito de todos os outros" (ARAÚJO NETO, 2017, p. 56).

Mesmo tendo conquistado alguns direitos políticos e sociais, as mulheres ainda sofrem com a exclusão social e com a negação de direitos – há rebaixamento moral. A marginalização da participação política não permite que a mulher alcance igualdade efetiva, e, conforme

Honneth (2003), o engajamento individual na luta política restitui ao indivíduo um pouco de seu autorrespeito perdido.

Participando ativamente da política e atuando na sociedade, a mulher reconhece o valor moral e social de si mesma, sai do ostracismo e tem a possibilidade de deixar a condição de minoria social e de hipossuficiente em diversos aspectos, inclusive o de vítima de violência física. O conceito do feminino muda, e há respeito de todos os atores sociais e, sobretudo, autorrespeito:

> O engajamento nas ações políticas possui para os envolvidos também a função direta de arrancá-los da situação paralisante do rebaixamento passivamente tolerado e de lhes proporcionar, por conseguinte, uma autorrelação nova e positiva. A razão dessa motivação secundária da luta está ligada à própria estrutura da experiência do desrespeito (HONNETH, 2003, p. 259).

A paridade de gênero na política impulsiona o desenvolvimento e a evolução social quanto à igualdade de gênero. Em um primeiro momento, a "imposição" das cotas é necessária para que haja a ruptura do paradigma de que somente homens brancos e de elite ocupem cargos de poder. Assim, haverá evolução social e política com o fim do androcentrismo.

As cotas serão desnecessárias no futuro (este, ainda distante), pois a sociedade já se encontrará evoluída moral e juridicamente. O amor, o autorrespeito e a solidariedade serão base de todo o nosso sistema jurídico (HONNETH, 2003).

7 Democracia ou matemática eleitoral

O atual sistema eleitoral brasileiro da democracia representativa cria falsa participação política, pois aceita a maioria masculina no Parlamento como equidade de representação; não há igualdade quando uma minoria é representada por uma maioria, quando as mulheres são representadas por homens. O sistema nega a igualdade de participação política às mulheres (MATOS, 2010).

Se for considerada a simples matemática eleitoral, atualmente a Legislação torna a democracia sinônimo de processo eleitoral. Por isso, é importante a análise da poliarquia de Dahl (1956 apud PATERMAN, 1992). Para que a democracia seja efetiva, não podemos confundi-la com eleição.

O ideal é a transformação da sociedade e a alocação do feminino nos espaços de poder. As políticas afirmativas são uma forma de transformação da sociedade conformada pela obrigatoriedade jurídica; trazem a possibilidade de equidade de participação política como participação efetiva e como mudança no paradigma de quem tem a possibilidade de ser representante do povo.

A política também envolve o processo de deliberação para que esse processo seja justo. É necessário que os autores sociais envolvidos possam deliberar aberta e equanimente (MATOS, 2010).

A paridade política é muito mais do que ser votado, é muito mais do que a capacidade eleitoral passiva: é ter voz ativa, é poder participar do processo democrático como ator social atuante. Faz-se necessário que sua voz seja ouvida e seus requerimentos sejam levados à votação (ALMEIDA, 2017).

> A reformulação da representação reflete a pluralidade no exercício da soberania no mundo contemporâneo que precisa lidar com o desafio da ausência de um processo autorizativo de todos os cidadãos. Desse modo, a resposta à questão "quem representa" afasta-se dos critérios de legitimidade pensados na democracia eleitoral – o representante é aquele que fala com autoridade, devido ao consentimento recebido – sem contudo perder o foco na representatividade e na sua capacidade de falar "pelos outros" (ALMEIDA, 2017, p. 50).

A representação almejada na atualidade é bem maior do que o conceito da representação política decorrente do sistema eleitoral, em que fala pela população aquele que é mais votado.

A modernidade busca a representatividade – a representação efetiva. Os grupos minoritários querem que seus pedidos sejam efetivamente ouvidos, incluindo-se aí as mulheres.

Se a sociedade é plural, com atores sociais diversos, essa diversidade e essa pluralidade devem ser consideradas para que os conflitos sejam minimizados. A falta de representação e de representatividade feminina é um problema social, e se o grupo *mulheres* for desorganizado, a elite masculina continuará falando por esse grupo.

8 Representação descritiva

Corroborando a tese de que as mulheres devem ser representadas por si mesmas, Almeida (2017) desenvolve a teoria da representação descritiva, explicando que os representantes devem ser indivíduos e grupos selecionados por sorteio ou proporcionalmente, e o que será representado são as perspectivas sociais, discursos e interesses de indivíduos e grupos.

> Diante dos limites da igualdade matemática do voto, ou da igualdade de direitos de cidadania liberais, a teoria democrática vem apontando para a importância de incluir grupos sistematicamente ausentes das esferas políticas e representativas, a partir da diversidade dos grupos sociais, por exemplo, mulheres e minorias raciais e étnicas (ALMEIDA, 2017, p. 50).

A representação descritiva aduz que grupos são formados por características comuns, como no caso o grupo de mulheres, tendo-se um conjunto de iguais.

> Essa noção permite a defesa da representação descritiva, tanto no campo eleitoral como da sociedade civil, pois atrela a representatividade à existência de determinadas características e experiências compartilhadas e não à defesa de interesses ou indivíduos específicos (ALMEIDA, 2017, p. 53).

Já que mais da metade do eleitorado é composto por mulheres, sua representação só será apropriada se retratar essa quantidade; metade dos

membros do poder deveria ser mulheres, pois o grupo teria a quantidade de voz referente à quantidade populacional.

Existe questionamento a respeito da existência de cotas no Parlamento para mulheres por não representar o ideário ou a pauta de reivindicações femininas – ou até mesmo não compartilhar a agenda feminista (como o aborto, por exemplo). Cabe aqui a defesa da representação descritiva, pois a defendida pelas cotas pugna pela representação de características comuns, não de ideias específicas dentro de um pequeno grupo, dentro do grande conjunto. O grande grupo *mulheres*, dotado de características específicas, é o que se quer ver representar no Parlamento, não, por exemplo, a agenda feminista. É possível que os interesses ou a pauta de reivindicações se comuniquem, mas não é o objetivo primeiro.

Há grande diferença entre a representação feminina estar no poder e não em grupos de discussão ou participação política indireta (conselhos de bairro, conselhos de escola, orçamento participativo e outros espaços informais de deliberação). A mulher, uma vez representada em posições de domínio, é autoridade, e não apenas uma voz que levará a demanda até a autoridade. O poder decisório é grande.

Em outros locais de deliberação diferentes de um órgão do poder público, ideias e direitos são discutidos, e há chance remota de que essa pauta de reivindicações seja conquistada. Por isso, é necessário que a representação seja municiada de poder, para que sejam tomadas decisões em nome das pessoas que compõem determinado grupo social, havendo a possibilidade real de que essa pauta de reivindicações se torne direito positivo:

> Desse modo, a resposta à questão "*quem* representa" pode direcionar para representantes escolhidos pelas características descritivas, autoautorizados perante a identificação com um conjunto de temas e discursos públicos e/ou indicados/eleitos pela afinidade e experiência com determinada política pública ou tema (ALMEIDA, 2017, p. 50).

A necessidade do emprego de cotas no Poder Legislativo é corolário da igualdade material. As mulheres, grupo reconhecidamente específico, devem ser representadas por seus pares em concordância com o que prega a democracia como fim em si mesma, não apenas como prolongamento do processo matemático-eleitoral.

As causas para a não participação política feminina são enormes e demandam estudo complexo. Podemos, no entanto, citar a imagem da mulher – ainda não focada em seu conteúdo profissional[4] – perante a sociedade e por ela mesma.

As políticas afirmativas para inserção da mulher na política, principalmente a criação de reserva de vagas no Legislativo, podem mudar essa visão, e as mulheres passarão a integrar mais naturalmente os espaços de poder.

9 Conclusão

Este trabalho nasceu da constatação – a partir de pesquisas e estatísticas – de que a participação política feminina é muito baixa e de que, atualmente, as mulheres ocupam cerca de 10% das vagas no Poder Legislativo, mesmo compondo mais da metade do eleitorado. Verificou-se, também, que os mecanismos eleitorais atuais para inserção da mulher na política não são efetivos.

Como embasamento teórico, foi utilizado o conceito de democracia de Pateman (1992), a Teoria do Reconhecimento de Honneth (2003) e a representatividade descritiva de Almeida (2017).

Sob o prisma do conceito da democracia moderna de Pateman (1992), conclui-se que, para a equidade política, além do sufrágio universal,

[4] Na posse da Presidente Dilma Rouseff, os noticiários mostraram vários comentários sobre suas roupas, cabelo e maquiagem, mas nada se falava a respeito de seu plano de governo.

é necessário que haja igualdade de oportunidades políticas para que as reivindicações de um grupo sejam realmente ouvidas; desse modo, o nivelamento da participação política das mulheres requer igualdade de oportunidades, o que somente é possível quando efetivamente puderem ocupar cargos com poder de decisão.

Corroborando a tese da necessidade de igualdade de participação política feminina, foram abordados conceitos da Teoria do Reconhecimento de Honneth (2003), que ensina que a sociedade é plural e multicultural e que a exclusão dos membros fora do padrão gera conflito social. Assim, considerando que há um grupo social com características e demandas específicas – as mulheres – excluir esse grupo da política também gera conflito social.

Discorreu-se ainda sobre a representação descritiva de Almeida (2017), indicando que os representantes devem ser indivíduos e grupos selecionados por sorteio ou proporcionalmente. Dessa forma, o que será representado são as perspectivas sociais, discursos e interesses de indivíduos e grupos. Por sua vez, o grupo *mulher*, composto de características próprias, deve ter representante escolhido dentro deste grupo, observando as características que lhe são inerentes.

Embora as mulheres sejam maioria numérica, fazem parte de um grupo de minoria hipossuficiente. As especificidades desse grupo devem ser reconhecidas e os direitos a ele inerentes devem ser respeitados e efetivados. Está, dentre os direitos sociais existentes, a participação política. Conforme o conceito de democracia empregado, é importante que grupos minoritários tenham voz política ativa.

Havendo tamanha desproporcionalidade, as políticas afirmativas são mais do que necessárias para que haja, ao menos, a tentativa de amenizar este ambiente masculino e de baixa representatividade dos anseios da mulher brasileira.

Das diversas políticas afirmativas que podem ser introduzidas no Brasil, primou-se pela reserva de cadeiras para o Poder Legislativo, que traz resultado imediato. Ressalte-se que está em tramitação, com esse objeto, a PEC nº 134/2015.

As mulheres têm o direito de participar efetivamente da política. Elas têm vontade, mas os mecanismos atuais não propiciam essa participação. Assim, a implementação da reserva de cadeiras para o Poder Legislativo, por meio de cotas, é necessária. Há uma obrigação do sistema político e dos partidos.

Em resumo, o sistema político atual não é capaz de efetivar o conceito de democracia moderna, fazendo com que as reivindicações de grupos minoritários sejam ouvidas. Para que não haja conflito, os atores sociais, inclusive de grupos minoritários, devem poder participar efetivamente da vida política e, por fim, as demandas específicas de um grupo devem ser representadas por alguém que pertença a esse grupo.

Por essas razões, conclui-se que as políticas afirmativas, principalmente as cotas – as quais concedem à mulher a chance de participação da formação pública da vontade –, são importantes para que haja justiça democrática efetiva, e não apenas democracia adequada às normas eleitorais.

Referências

ALMEIDA, Débora Rezende. *A relação contingente entre representação e legitimidade democrática sob a perspectiva civil*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v28n82/v28n82a04.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2017.

ARAÚJO, Clara. *A intercessão entre gênero e partidos políticos no acesso das mulheres às instâncias de representação*. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/assuntos/poder-e-participacao-politica/referencias/politica-e-genero/a_intercessao_entre_genero_.pdf >. Acesso em: 03 mar. 2016.

ARAÚJO NETO, José Aldo Camurça de. *A Filosofia do Reconhecimento: As contribuições de Axel Honneth a essa categoria*. Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/joseneto.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 134/2015*. Brasília, DF, 2015. Disponível em <www.camara.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. *Lei 9.504*, 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1997.

_____. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria de Política para Mulheres. *Relatório Anual Socioeconômico da Mulher*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/livro-raseam_completo.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. Senado Federal. *Mulheres na Política* – Pesquisa Realizada pelo Data Senado. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/cartilha-mulheres-na-politica>. Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 477554/MG*. Relator Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça Eletrônico nº 164, de 26/08/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Dados Estatísticos*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. *Notícias*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/ministra-do-tse-comenta-acao-do-mpe-sobre-candidatura-de-mulheres-que-nao-receberam-voto>. Acesso em: 13 set. 2017.

FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento?* Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/viewFile/50109/54229>. Acesso em: 17 mar. 2016.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: A gramática moral dos conflitos sociais. Editora 34, São Paulo, 2003.

MATOS, Marlise. Movimento e teoria feminista: É possível reconstruir a teoria feminista a partir do Sul Global? *Rev. Sociologia Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 67-92, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/06.pdf>. Acesso em: 24 maio 2016.

NAÇÕES UNIDAS. UNDP - Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas. *Relatório de Desenvolvimento Humano de 2014*. Disponível em: <http://hdr.undp.org>. Acesso em: 08 mar. 2016.

NUNES, Neila Ferraz Moreira. *Poliarquia, o conceito moderno de democracia*. Disponível em: <http://essentiaeditora.iff.edu.br/index.php/vertices/article/view/1809-2667.20030001/126>. Acesso em: 24 maio 2016.

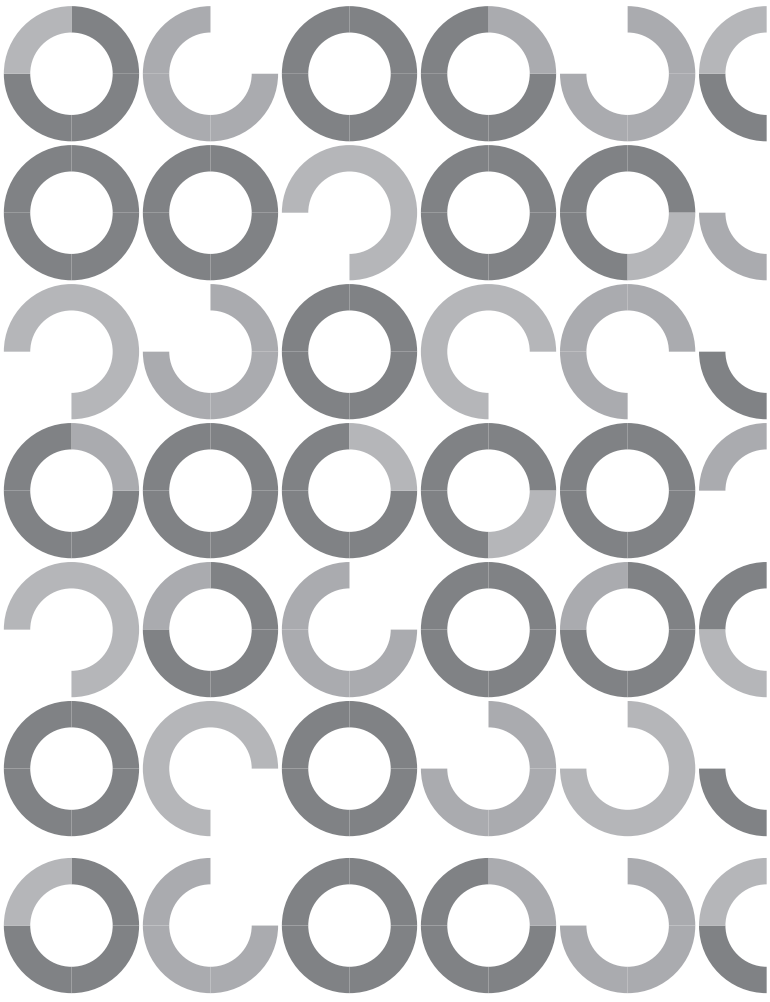
PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria Democrática*. Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1992.

PEREIRA, Antônio Kevan Brandão. *Teoria Democrática Contemporânea: O conceito de Poliarquia na Obra de Robert Dahl*. Disponível em: <http://www.repositrio.ufc.br/bitstream/riufc8685/1/2013_dis_akbpereira.pdf>. Acesso em: 24 maio 2016.

ESTUDOS ELEITORAIS

Direito Eleitoral comparado: o voto no sistema luso-brasileiro

Marcielly Garcia Gibin



Direito Eleitoral comparado: o voto no sistema luso-brasileiro[1]

Comparative Electoral Law: the vote in the luso-brazilian system

Marcielly Garcia Gibin[2]

RESUMO

O voto como dever político-social consagra o regime democrático de uma nação. O artigo trata da análise comparada do voto no sistema luso-brasileiro, abordando o direito de sufrágio, as suas características e a capacidade eleitoral ativa, como as hipóteses de sua incapacidade. Objetiva averiguar quais normas concretizam o Estado democrático. O método utilizado é o bibliográfico, implicado, por sua vez, no procedimento comparativo e jurisprudencial. Conclui que a obrigatoriedade do voto se aproxima do amadurecimento de um Estado democrático, enquanto a faculdade de seu exercício o afasta.

Palavras-chave: Direito de sufrágio. Direitos políticos. Soberania popular. Voto. Capacidade/incapacidade eleitoral ativa.

ABSTRACT

Voting as a social-political duty enshrines the democratic regime of a nation. The comparative analysis of the vote in the luso-brazilian

[1] Artigo recebido em 2 de outubro de 2017 e aprovado para publicação em 8 de novembro de 2017.

[2] Mestranda em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa. Registradora Civil e Tabeliã de Notas.

system, deals with the right to vote, its characteristics, and active electoral capacity, as the hypotheses of its incapacity, with the objective of ascertaining which rules make the democratic State. The method used in the research is the bibliographical one, implying, in turn, in the comparative and jurisprudential procedure. It concludes that the obligation of voting is close to the maturation of a democratic State, while the faculty of its exercise removes it.

Keywords: Right of suffrage. Political rights. Popular sovereignty. Vote. Active electoral capacity/incapacity.

1 Introdução

O Direito Eleitoral disciplina as regras do processo de eleição de um país e os requisitos para votar e ser votado, além de regulamentar como o sufrágio deve ser exercido.

No ordenamento jurídico brasileiro e no português, tais regras estão previstas na Constituição. Há muita similitude quanto às normas, mas as diferenças de cada sistema instigam saber qual delas está mais próxima de um Estado democrático de direito.

Embora ambos tenham essa característica, o fato é que algumas regras refletem o regime democrático; em outras, apesar de aparentarem o exercício deste, o que se vê é o afastamento do cidadão ao exercício do seu direito.

Assim, cada capítulo deste trabalho traz análise de como o voto é exercido em cada país, os requisitos para o exercício do sufrágio, os casos de incapacidade eleitoral ativa, as consequências da adoção do voto obrigatório e facultativo e o voto como dever político-social.

2 O voto

A palavra voto vem do latim *votum*, que significa declarar a sua pretensão de escolha.[3] No Direito Eleitoral, é conceituado como manifestação de vontade dos cidadãos de um país sob regime democrático, em regra[4], em que se escolhem os representantes políticos da nação.

[3] Dentre as diversas expressões usadas para definir o voto, encontra-se no Dicionário Michaelis o seguinte conceito que mais se coaduna com o presente trabalho: modo de manifestar a vontade, numa eleição ou assembleia (MICHAELIS. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2017. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=voto> Acesso em: 12 mar. 2017).

[4] Encontra-se essa referência no *site* do governo português, onde se lê: "contudo, o voto não é exclusivo dos regimes democráticos, sendo usado por ditaduras para obterem legitimidade – por exemplo, Salazar fez aprovar a Constituição de 1933 por referendo"

É definido por José Afonso da Silva (2005, p. 357):

> O voto é o ato político que materializa, na prática, o direito subjetivo público de sufrágio. É o exercício deste, como dissemos. Mas sendo ato político, porque contém decisão de poder, nem por isso se lhe há de negar natureza jurídica. É ato também jurídico. Portanto, a ação de emiti-lo é também um direito, e direito subjetivo. Não fosse assim, o direito de sufrágio, que se aplica na prática pelo voto, seria puramente abstrato, sem sentido prático.

O autor esclarece, ainda, que a natureza jurídica do voto é de direito público subjetivo: ao mesmo tempo função social e dever político-social, característico tanto em um sistema em que o voto é obrigatório quanto naquele em que é uma faculdade do eleitor (SILVA, 2005, p. 358).

Assim, no processo eleitoral, o voto é a materialização da escolha do eleitor por um candidato.

2.1 O voto e a soberania popular

O Estado é composto de três elementos: território, povo e soberania. A soberania popular é pressuposto da democracia, pois advém de Estado democrático, em que o povo participa de forma regular, baseado na sua livre convicção do exercício do poder (SUNDFELD, 2009, p. 49).

A soberania é entendida como

> [...] o poder supremo, ou o poder que se sobrepõe ou está acima de qualquer outro, não admitindo limitações, exceto quando dispostas voluntariamente por ele, em firmando tratados internacionais, ou em dispondo regras e princípios de ordem constitucional (SILVA, 2007, p. 1308).

Ademais, a soberania popular vem preconizada na Constituição Federal brasileira, no parágrafo único do art. 1º, *in verbis*: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". A Constituição portuguesa dispõe, em

(Governo da República Portuguesa. O voto. *Portal Cidadão*. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/pt/a-democracia-portuguesa.aspx> Acesso em: 12 mar. 2017).

seu art. 3º, item 1: "A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição", além de citar em seu artigo primeiro que a soberania popular é um dos fundamentos da República portuguesa como Estado de direito democrático.

Tratar a soberania popular como una significa que somente pode existir um único poder soberano dentro do Estado, e, quando se diz que será indivisível, denota que não pode ser dividida, pois, se o for, não será mais soberana.

A soberania popular é o poder maior do Estado, e a Constituição Federal portuguesa e a brasileira delegam essa soberania ao povo, que exerce esse poder nas eleições ao eleger o governando que irá representá-lo.

> Assim, a soberania popular se revela no poder incontrastável de decidir. É ela que confere legitimidade ao exercício do poder estatal. Tal legitimidade só é alcançada pelo consenso expresso na escolha feita nas urnas (GOMES, 2016, cap. 3.6, § 7º).

A vontade do povo deve ser manifestada nas questões político-decisórias do Estado; é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

2.2 O voto como direito político

Os direitos políticos são consagrados como direitos fundamentais e decorrem da própria Constituição do Estado. Também estão previstos no art. 21° da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assim dispõe:

> 1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios, públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos.
> 2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.
> 3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por

> sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.

Eles disciplinam as normas de direitos e deveres do cidadão sobre como a soberania popular será exercida.

O ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, em decisão proferida no Recurso Extraordinário 633.703, de 23 de março de 2011, afirmou:

> O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las.

Na Constituição brasileira, os direitos políticos estão previstos em capítulo próprio, no IV, arts. 14, 15 e 16; e, na portuguesa, no art. 10.

Para José Afonso da Silva (2005, p. 345), "os direitos políticos consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular".

Dessa forma, os direitos políticos garantem ao cidadão o exercício da soberania popular, regulando direitos e deveres e seu modo de atuação; como direitos fundamentais, pertencem ao rol das cláusulas pétreas, que não podem ser abolidas nem restringidas, mas o direto de exercício pode ser aumentado.

2.3 O voto e o sufrágio

O voto e o sufrágio são direitos políticos, frutos da soberania popular que o povo detém. Não podem ser tratados como sinônimos, pois, na Constituição portuguesa e na brasileira, são empregados em conotações diferentes.

Segundo o art. 10, item 1, da Constituição portuguesa, "o povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição"; já a brasileira, no art. 14, estabelece: "a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei [...]".

Esse conceito de sufrágio pode ser visto como um poder político garantido pelo princípio da soberania popular em que a Constituição elege o povo como titular; trata-se de direito público subjetivo de natureza política (FAYT, apud SILVA, 2005, p. 349), e o voto é o exercício desse direito.

O princípio da universalidade do sufrágio previsto nas constituições[5] significa que o direito deve ser concedido a todos os cidadãos, isto é, a todos que possuem capacidade eleitoral. Garante a proibição de discriminação em razão de sexo, cor, ideologia, religião, classe social, etc.

É como afirma Paulo Bonavides (2000, cap. 16, item 1, § 1º): "O sufrágio é o poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na gerência da vida pública".

O fato de o direito de sufrágio ser universal não retira da Constituição a imposição de requisitos para seu exercício – o que caracteriza o sufrágio universal em relação ao restrito é a razoabilidade de suas restrições, de modo a favorecer sempre o poder democrático.

A universalidade do sufrágio nem sempre foi vista como princípio. A primeira Constituição portuguesa a disciplinar o assunto foi a de 1976, e a brasileira, somente aquela em vigor (1988). Atualmente, o princípio

[5] Na Constituição da República portuguesa, o art. 49, item 1, dispõe: "Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral".

da universalidade do sufrágio integra o rol das cláusulas pétreas: não pode ser restringido, limitado ou abolido.

Assim, o sufrágio como direito político assegura aos cidadãos a participação na vida política do Estado; relaciona-se tanto no sentido de votar (direito de sufrágio ativo) como no de ser votado (direito de sufrágio passivo) (GOMES, 2016, cap. 3.9.1).

3 Características comuns do voto na Constituição brasileira e na portuguesa

O voto é a materialização do direito do sufrágio; é o seu exercício, e a Constituição brasileira[6] e a portuguesa[7] impõem que seja direto, secreto, periódico, igual e personalíssimo.

Para Gilmar Mendes e Paulo Branco (2014, cap. 7, item 2.2, § 3), "o voto direto impõe que o voto dado pelo eleitor seja conferido a determinado candidato ou a determinado partido, sem que haja mediação por uma instância intermediária ou por um colégio eleitoral". Isto é, pelo voto elege-se diretamente o representante escolhido pela maioria do povo, e o sistema eleitoral adotado, seja ele proporcional, seja majoritário, não retira do voto seu caráter direto.

Apesar de Portugal ter um sistema de governo semipresidencialista, o fato é que seu presidente da República (chefe de Estado), representante do povo, é eleito pelo voto direito, que, após ouvir os partidos representados na Assembleia da República e tendo em conta os resultados eleitorais,

[6] Art. 14, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil: "A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...]".

[7] Art. 113, item 1, da Constituição da República de Portugal: "1. O sufrágio directo, secreto e periódico constitui a regra geral de designação dos titulares dos órgãos electivos da soberania, das regiões autónomas e do poder local".

nomeia o primeiro-ministro (chefe de governo), conforme dispõe o art. 187, item 1, da Constituição da República portuguesa.

Caracteriza-se o voto indireto quando há intervenção de terceiro, que não o eleitor, na escolha do representante, o qual pode ocorrer por colégio eleitoral ou pelo próprio representante eleito ao eleger outro representante. Este último caso é peculiarmente previsto na Constituição brasileira em seu art. 81 e seguintes: ocorre quando vagam os cargos de presidente da República e de vice-presidente nos últimos dois anos do mandato. A eleição é feita pelo Congresso Nacional, que os elegerá.[8] Tal situação é vista como exceção ao voto direto.

A imposição do voto como secreto se configura para evitar corrupção, constrangimento e coação ao eleitor, que terá o sigilo de seu voto preservado na eleição. Além disso, o fato de ser secreto garante a liberdade do voto.

O voto secreto é inseparável da ideia do voto livre.

> A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.
> Tendo em vista reforçar essa liberdade, enfatiza-se o caráter secreto do voto. Ninguém poderá saber, contra a vontade do eleitor, em quem ele votou, vota ou pretende votar.
> O caráter livre e secreto do voto impõe-se não só em face do Poder Público, mas também das pessoas privadas em geral.
> [...]
> A preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático (MENDES; BRANCO, 2014, cap. 7, item 2.2, §§ 5-9).

[8] Prescreve o art. 81 e seus parágrafos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: "Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga. § 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei. § 2º Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores".

Outra característica do voto é que seja periódico. O regime de governo democrático assegura a proibição do governante de se perpetuar no poder, assim a renovação dos cargos eletivos é obrigatória.

Segundo Canotilho (1993, p. 436), o voto periódico também impõe que

> [...] a duração do período de exercício dos cargos deve ser previamente fixada no texto constitucional, proibindo-se qualquer alteração desta delimitação temporal a não ser nos casos e pelas formas previstas na própria Constituição.

O voto igualitário denota que todos devem ser computados com o mesmo peso. "Ao contrário, o sufrágio não é igualitário quando a lei permite que no mesmo acto eleitoral haja eleitores que possam votar com mais de um voto, a par de outros que só possam imitir um voto" (CAETANO, 2003, p. 240).

O voto igualitário também garante o respeito à democracia. Na apuração dos votos, cada um corresponde à vontade de cada eleitor, sem distinção, com o mesmo valor quanto ao resultado.

O voto personalíssimo é previsto na Constituição portuguesa em seu art. 49, item 2, que dispõe: "O exercício do direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico". Significa que ninguém pode ser representado no ato de votar: não pode o eleitor delegar a terceiro, seja por procuração, seja por qualquer outra forma que descaracterize a pessoalidade.

Após análise das características comuns do voto no direito luso-brasileiro, a seguir serão abordadas as peculiaridades de cada Estado.

4 O voto no Brasil

O Brasil, apesar de ser considerado país "jovem" em relação aos europeus, tem demonstrado grande evolução no seu processo eleitoral. É referência mundial quando o assunto é a segurança do voto e a liberdade democrática. A eleição é totalmente informatizada desde 2000, quando

foi realizada por meio das urnas eletrônicas, e, atualmente, tem-se o processo de biometria, que identifica os dados do eleitor por meio das digitais cadastradas, o que fortalece a segurança do voto no Brasil.[9]

Para o exercício do direito de sufrágio no Brasil, a Carta Magna determina o preenchimento de certos requisitos; assim, passa-se à analise de quais são as condições para se obter a capacidade eleitoral ativa e quando se está impedido de participar ativamente do processo eleitoral.

4.1 A faculdade e obrigatoriedade do voto

No Brasil, a Constituição Federal, em seu art. 14, § 1º, estabelece que o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos e facultativos para os analfabetos, para os maiores de 70 anos e para os maiores de 16 e menores de 18 anos.

A obrigatoriedade do voto e do alistamento eleitoral não pertence ao rol das cláusulas pétreas, assim, pode ser modificada por emenda constitucional.

A obrigatoriedade do voto não retira a liberdade de votar; esta se refere à liberdade de escolha do eleitor para votar em determinado candidato, votar em branco ou nulo ou, ainda, abster-se de voto, caso justifique.

4.2 Capacidade eleitoral ativa

A capacidade eleitoral ou política é a aptidão para o exercício dos direitos políticos. Conforme Fávila Ribeiro (1996, p. 189), é a "aptidão pública reconhecida, pela ordem jurídica, ao indivíduo para integrar o

[9] Dados extraídos do *site* do Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Processo eleitoral no Brasil*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/processo-eleitoral-brasileiro/funcionamento-do-processo-eleitoral-no-brasil>. Acesso em: 4 abr. 2017.

poder de sufrágio nacional, adquirindo a cidadania e ficando habilitado a exercê-la".

Pode ser ativa ou passiva: aquela se refere às pessoas que podem exercer o direito de sufrágio ativo em determinado país – o direito de votar, de escolher seus governantes; já a última diz respeito às pessoas que podem ser candidatos a determinados cargos. A Constituição brasileira estabelece, em seu art. 14, os requisitos para a capacidade ativa e passiva.

O pressuposto para adquirir a capacidade ativa no Brasil ocorre por meio do alistamento eleitoral, que é:

> [...] uma restrição na forma de requisito formal, ou, ainda, é um pressuposto procedimental (não obstante, positivo), que deverá ser preenchido pelo indivíduo que pretenda exercer os seus direitos políticos, seja na forma ativa seja na forma passiva. Aqui se demonstra, entretanto, que o alistamento, não obstante condição formal necessária para o exercício dos direitos políticos, não é a causa única, ou causa suficiente, para o seu regular exercício e, menos ainda, como querem alguns, para a sua aquisição. Assim, é inexato afirmar que é o alistamento que faz nascer a cidadania ativa (GUEDES, 2013, cap. IV, § 1 do art. 14).

É o que ocorre, por exemplo, nos casos dos conscritos (pessoas que prestam o serviço militar obrigatório): o indivíduo pode requerer o alistamento eleitoral, mas não pode exercer o direito de sufrágio enquanto estiver servindo. Percebe-se que o alistamento eleitoral não é suficiente para o exercício da cidadania, mas requisito formal dela.

Para adquirir a capacidade eleitoral ativa no Brasil, a Constituição determina: a) nacionalidade brasileira; b) idade mínima de 16 anos; c) alistamento eleitoral; d) estar no gozo dos direitos políticos; e) não estar prestando serviço militar obrigatório na qualidade de conscrito.

Nacionalidade é o vínculo do indivíduo frente ao Estado e pode ser constituída pela forma primária (os brasileiros natos) e secundária (os naturalizados). O critério adotado pela Constituição brasileira para

estabelecer a nacionalidade prevalece o *jus soli,* mas ela também prevê o critério *jus sanguinis*.

Pelo critério *jus soli,* a Constituição brasileira, em seu art. 12, inciso I, alíneas *a*, *b* e *c* dispõe que são considerados brasileiros natos todos os nascidos na República Federativa do Brasil, desde que os pais não estejam prestando serviço para seu país de origem. Já, pelo critério *jus sanguinis*, são considerados brasileiros natos os nascidos em território estrangeiro, de mãe ou pai brasileiro, desde que qualquer um deles esteja prestando serviço à República Federativa do Brasil, que venham a ser registrados em repartição brasileira competente, ou, ainda, que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, a qualquer tempo após a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

Podem requerer a nacionalidade brasileira, de forma secundária, os indivíduos originários de países de língua portuguesa, residentes por 1 ano ininterrupto na República Federativa do Brasil e que tenham idoneidade moral; e outros estrangeiros residentes no Brasil há mais de 15 anos ininterruptos e sem condenação penal, como consta no art. 12, inciso II, *a* e *b*, da Carta Magna brasileira.

Estabelece ainda o art. 12, § 1º, como brasileiros naturalizados com os mesmos direitos dos brasileiros natos, salvo exceção prevista na própria Constituição, os portugueses residentes no Brasil, sem imposição de prazo, desde que haja reciprocidade, como se denota atualmente.[10]

A idade mínima de 16 anos para adquirir a capacidade eleitoral ativa é definida no dia do pleito eleitoral. Assim, o indivíduo pode requer à

[10] A reciprocidade entre a República de Portugal e a República Federativa do Brasil foi firmada por meio da Resolução da Assembleia da República nº 83/2000, que recebeu o nome de Estatuto da Amizade, aprovada em 28 de setembro de 2000.

Justiça Eleitoral a condição de eleitor desde que no dia da eleição tenha completado a idade mínima.[11]

Nos termos da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, o alistamento eleitoral se faz mediante a qualificação e inscrição do eleitor. Para Gomes (2016, cap. 8.1, § 2), é "o procedimento administrativo-eleitoral pelo qual se qualificam e se inscrevem os eleitores. Nele se verifica o preenchimento dos requisitos constitucionais e legais indispensáveis à inscrição do eleitor". O indivíduo, por meio de requerimento e com os documentos exigidos em lei, comparece ao cartório da Justiça Eleitoral de seu domicílio para obter a inscrição de eleitor, que será materializada pelo título.

A capacidade eleitoral ativa, mesmo que preenchidos os referidos requisitos, exige ainda que o indivíduo esteja em pleno gozo de seus direitos políticos, isto é, que não se enquadre em nenhuma hipótese do art. 15 da Constituição brasileira e que não esteja prestando serviço militar obrigatório. Em qualquer incidência nesses termos, a capacidade eleitoral ativa estará suspensa ou pode ocasionar sua perda, o que será visto no próximo item.

4.3 Incapacidade eleitoral ativa

A Carta Magna brasileira não menciona a expressão "incapacidade eleitoral ativa", mas refere as pessoas que não podem se alistar como "inalistáveis" e as situações da perda ou suspensão dos direitos políticos.

[11] "[...] Voto facultativo. Menor. Alistamento. O que se contém na alínea *c*, do inciso II do § 1º do art. 14 da Constituição Federal viabiliza a arte de votar por aqueles que, à data das eleições, tenham implementada a idade mínima de dezesseis anos. Exigências cartorárias, como é a ligada ao alistamento, não se sobrepõem ao objetivo maior da Carta. Viabilização do alistamento daqueles que venham a completar dezesseis anos até 3 de outubro de 1994, inclusive, observadas as cautelas pertinentes." (Res.nº 14.371, de 26.5.1994, rel. Min. Marco Aurélio).

Ocorre a incapacidade eleitoral ativa quando o indivíduo: a) não possuir a nacionalidade brasileira ou a tiver perdido; b) não tiver a idade mínima de 16 anos; c) não requerer o alistamento eleitoral ou este estiver cancelado; d) for causa de perda ou suspensão dos direitos políticos; e e) estiver prestando serviço militar obrigatório na qualidade de conscrito.

A perda da nacionalidade brasileira somente ocorre nos casos definidos pelo art. 12, § 4º, da Constituição: para brasileiros naturalizados, quando tiver sido cancelada por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse social; e para os brasileiros natos, quando adquirirem outra nacionalidade, salvo quando decorrente de reconhecimento de nacionalidade originária estrangeira ou quando a naturalização for imposta pela norma estrangeira como condição de permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

Para adquirir a capacidade eleitoral ativa, um dos requisitos é o alistamento eleitoral; assim, as pessoas que o tiverem cancelado ou que se enquadrarem como inalistáveis não poderão requerê-lo e, mesmo se já inscritos, não terão a condição de eleitores e, portanto, não poderão votar nas eleições.

No art. 14, § 2º, a Constituição define como inalistáveis os estrangeiros e os que estiverem prestando o serviço militar obrigatório na qualidade de conscritos.

O estrangeiro que se encontra na República Federativa do Brasil não adquire direitos políticos, visto que estes somente são atribuídos aos que possuem nacionalidade brasileira, ou seja, os natos ou naturalizados; desse modo, os estrangeiros, quando não naturalizados, não poderão adquirir a capacidade eleitoral ativa.

Conscritos como inalistáveis, para José Jairo Gomes (2016, cap. 8.5, § 4),

> [...] é o nome dado aos que prestam serviço militar obrigatório. O artigo 143, § 1º, da Constituição dispõe que "o serviço militar é obrigatório nos termos da lei". Consiste esse serviço no exercício de atividades específicas desempenhadas nas Forças Armadas – Exército, Marinha e Aeronáutica –, compreendendo todos os encargos relacionados com a defesa nacional. Em tempo de paz, a obrigação para com o serviço militar começa no primeiro dia do mês de janeiro do ano em que a pessoa completar 18 anos de idade. Todavia, é permitida a prestação do serviço militar, como voluntário, a partir dos 17 anos de idade. O serviço militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 meses, mas esse prazo poderá ser reduzido a 2 meses ou dilatado até 6 meses (Lei nº 4.375/1964, arts. 5º e 6º).

Como o serviço militar é permitido a partir dos 17 anos de idade, ao prestá-lo, o indivíduo que já tenha realizado o alistamento eleitoral não o terá cancelado; só é impedido de votar. Cita-se nesse sentido a Resolução-TSE nº 20.165, de 7 de abril de 1998:

> Alistamento eleitoral – Impossibilidade de ser efetuado por aqueles que prestam o serviço militar obrigatório – Manutenção do impedimento ao exercício do voto pelos conscritos anteriormente alistados perante a Justiça Eleitoral, durante o período de conscrição.

É previsto no art. 7º, § 2º, do Código Eleitoral que a incapacidade eleitoral pode ocorrer em virtude do cancelamento do alistamento eleitoral, quando o eleitor nas últimas três eleições consecutivas não votar, não pagar a multa ou não se justificar no prazo de seis meses, a contar da data da última eleição a que deveria ter comparecido.

Outra hipótese de incapacidade eleitoral ativa ocorre com a perda ou suspensão dos direitos políticos, definidos no art. 15:

> Art. 15. [...]
> I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
> II - incapacidade civil absoluta;
> III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
> IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
> V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Dessa forma, o enquadramento do indivíduo em qualquer um desses casos não apenas configura a incapacidade eleitoral ativa, como também a incapacidade eleitoral *lato sensu*, em que o indivíduo não pode exercer os direitos políticos (votar nem ser votado).

4.4 O voto eletrônico

O Brasil é referência mundial quando o assunto é o voto eletrônico: é pioneiro nessa grande evolução, que trouxe maior segurança e comodidade ao eleitorado.

O voto eletrônico foi oficialmente utilizado no Brasil pela primeira vez nas eleições de 1996, quando apenas as cidades com mais de 200 mil habitantes tiveram urnas eletrônicas para a votação, e, no ano de 2000, a eleição no Brasil foi inteiramente realizada por voto eletrônico.[12]

A votação ocorre por meio de urna eletrônica, que contabiliza os votos e que, na perspectiva de 24 horas, disponibiliza o resultado que indica os novos representantes do povo.

O voto eletrônico funciona da seguinte maneira:

> No dia da votação, antes das 8h da manhã o mesário responsável imprime a zerésima, que é o boletim da urna totalmente zerado, mostrando que aquela urna não tem nenhum voto. A partir das 8hs, o sistema da urna está apto para receber os votos.
> A urna não tem ligação nenhuma com a internet ou qualquer meio de transmissão de dados. O único cabo que ela possui é o de energia. E ainda se for necessário, ela poderá ficar ligada somente na bateria por mais de 10 horas, por exemplo, caso falte luz.
> Então como acontece a retirada de dados da urna? Através de uma mídia móvel, chamada de mídia de resultado. Essa mídia contém os dados de toda a votação, que é o boletim de urna. Encerrada a votação, a urna imprime o resultado da votação daquela seção eleitoral. São cinco cópias: uma ficará

[12] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Eleitoral. *Voto eletrônico*: edição comemorativa: 10 anos da urna eletrônica; 20 anos do recadastramento eleitoral. Porto Alegre: TRE-RS/Centro de Memória da Justiça Eleitoral, 2006. p. 51. Disponível em: <http://www.tre-rs.jus.br/upload/23/Voto_Eletronico.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

> fixada no próprio local, três vias são encaminhadas ao cartório eleitoral e a última é entregue aos representantes dos partidos políticos presentes.
> Deste modo, se torna transparente e de conhecimento público o resultado da eleição assim que é encerrada a votação, e esse procedimento ocorre simultaneamente em todas as seções eleitorais. Após a impressão é retirada a mídia de resultado que será enviada a um dos polos de transmissão. A partir desse momento a transmissão e totalização se tornam auditáveis.[13]

Ainda assim, e com o intuito de cada vez mais fortalecer o sistema implantado, foi lançado o Projeto de Identificação Biométrica da Justiça Eleitoral, de âmbito nacional. Consiste na identificação e verificação biométrica por meio da impressão digital do eleitor, que deve comparecer no cartório eleitoral para que seja colhida sua impressão digital e, no dia da eleição, se esta coincidir com a cadastrada no sistema, assegura-se que o eleitor que votou é o mesmo que se habilitou no alistamento.

Objetiva-se que, nas eleições de 2018, todo eleitor seja identificado, no dia do exercício do voto, por meio de sua impressão digital, não restando dúvida sobre sua titularidade. Esse sistema inibe qualquer tipo de fraude na identificação, garantindo que o exercício da democracia seja refletido nas urnas eletrônicas.

5 O voto em Portugal

A participação popular no governo político, em Portugal, teve sua primeira ocorrência na Constituição de 1822, quando o país ainda era chamado de Reino de Portugal, que proclamou a cidadania de todos os portugueses (RAMOS, 2004, p. 547); porém, somente com a de 1976, a universalidade do sufrágio foi inserida como princípio.

[13] Texto extraído do *site* do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, o qual esclarece ao eleitor como funciona a transmissão de votos (DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Eleitoral. *Urna eletrônica*: entenda como funciona a transmissão dos votos. Disponível em: <http://www.tre-df.jus.br/imprensa/noticias-tre-df/2014/Setembro/urna-eletronica-entenda-como-funciona-a-transmissao-dos-votos>. Acesso em: 18 set. 2014).

Para exercer os direitos políticos em Portugal, não há muitas imposições como no Brasil. Assim, analisam-se a seguir os requisitos para o exercício desse direito.

5.1 O voto como faculdade do eleitor

Em Portugal, o voto é facultativo e é considerado dever cívico. A obrigatoriedade reside no recenseamento eleitoral, que é automática com a implementação da idade de 17 anos. Assim, não há nenhuma penalidade, seja de natureza civil, seja penal.

Para Canotilho (1993, p. 435), a não obrigatoriedade do voto deriva do princípio da liberdade do voto. Ele ainda afirma:

> Deste princípio da liberdade de voto deriva a doutrina da ilegitimidade da imposição legal do voto obrigatório. A liberdade de voto abrange, assim, o se e o como: a liberdade de votar ou não votar e a liberdade no votar. Desta forma, independentemente da sua caracterização jurídica – direito de liberdade, direito subjectivo –, o direito de voto livre é mais extenso que a proteção do voto livre. Na falta de preceito constitucional a admitir o voto como um dever fundamental obrigatório, tem de considerar-se a imposição legal do voto obrigatório como viciada de inconstitucionalidade.

A despeito de muitos considerarem a obrigatoriedade do voto medida abusiva, é fato que, como apontam as últimas eleições, as abstenções têm sido crescentes.

Os cidadãos portugueses estão cada vez menos interessados em participar da vida política; a responsabilidade e o dever cívico estão sendo deixados de lado. A obrigatoriedade do voto poderia, talvez, integrar novamente aqueles que estão à revelia da vida política.

Assim, de forma ríspida, enseja, como afirma Dalmo Dallari (1996, p. 131), se o povo

> [...] não se interessa pela escolha dos que irão decidir em seu nome, isso parece significar que o povo não deseja viver em um regime democrático,

preferindo submeter-se ao governo de um grupo que atinja postos políticos por outros meios que não as eleições.

5.2 Capacidade eleitoral ativa

A Lei Eleitoral da Assembleia da República nº 14/1979, de 16 de maio, assegura, em seu art. 1º, os requisitos para a capacidade eleitoral ativa, dispondo: "1 - Gozam de capacidade eleitoral activa os cidadãos portugueses maiores de 18 anos. 2 - Os portugueses havidos também como cidadãos de outro Estado não perdem por esse facto a capacidade eleitoral activa".

Para exercer o direito de sufrágio em Portugal e votar nas eleições, primeiramente é indispensável a inscrição no recenseamento eleitoral[14], que ocorre de forma automática para todos os portugueses residentes no país e que tenham completado 17 anos.

Não obstante o recenseamento ser obrigatório com o implemento da idade de 17 anos, somente podem votar aqueles que tiverem completado 18 anos até o dia das eleições.

Outro requisito para se obter a capacidade eleitoral ativa em Portugal é ser cidadão português, conforme dispõe o art. 4º de sua Constituição: "São cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional".

De acordo com a Declaração nº 4/2013, de 24 de junho, que veio regular os arts 2º, n. 2, e 5º, n. 2, da Lei Orgânica nº 1/2001[15],

[14] É o que ordena o art. 1º: "O recenseamento eleitoral é oficioso, obrigatório, permanente e único para todas as eleições por sufrágio directo e universal e referendos, sem prejuízo do disposto nos nºs 4 e 5 do art. 15º e no nº 2 do art. 121º da Constituição da República Portuguesa", da Lei do Recenseamento Eleitoral (Lei nº 13/1999, de 22 de março).

[15] Prescreve o art. 2º, n. 2: "São publicadas no Diário da República as listas dos países a cujos cidadãos é reconhecida capacidade eleitoral activa", e o art. 5, n. 2: "São publicadas no Diário da República as listas dos países a cujos cidadãos é

de 14 de agosto, é reconhecida a capacidade eleitoral ativa aos cidadãos dos Estados Membros da União Europeia, bem como Brasil, Cabo Verde, Argentina, Chile, Colômbia, Islândia, Noruega, Nova Zelândia, Peru, Uruguai e Venezuela; a capacidade eleitoral passiva, por sua vez, aos cidadãos dos Estados Membros da União Europeia, Brasil e Cabo Verde.

Esses cidadãos devem possuir residência em Portugal e requerer a inscrição no recenseamento eleitoral da área da respectiva autarquia local[16] até o 60º dia anterior à eleição, como disciplina o art. 5º, item 3, da Lei de Recenseamento Eleitoral.

Dessa forma, cumpridos os requisitos determinados pela lei e desde que não seja causa de incapacidade eleitoral, o cidadão português inscrito no recenseamento eleitoral e maior de 18 anos na data da eleição adquire capacidade eleitoral ativa.

5.3 Incapacidade eleitoral ativa

A incapacidade eleitoral ativa está prevista tanto na Lei nº 14/1979, em seu art. 2º, como na Lei Orgânica nº 1/2001, em seu art. 3º, que dispõe:

> Não gozam de capacidade eleitoral ativa:
> a) Os interditos por sentença com trânsito em julgado;
> b) Os notoriamente reconhecidos como dementes, ainda que não interditos por sentença, quando internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos;
> c) Os que estejam privados de direitos políticos, por decisão judicial transitada em julgado.

Os interditos ou os notoriamente reconhecidos como dementes não possuem capacidade eleitoral ativa e, pelo fato de não poderem se

reconhecida capacidade eleitoral passiva", ambos da Lei Orgânica nº 1/2001, de 14 de Agosto, publicada no Diário da República, 1ª série-A, nº 188, de 14 de Agosto de 2001.

[16] O eleitores da autarquia local são definidos pelo art. 4º da Lei Orgânica nº 1/2001: "São eleitores dos órgãos das autarquias locais os cidadãos referidos no art. 2º, inscritos no recenseamento da área da respetiva autarquia local".

manifestar, não possuem capacidade de escolha e não têm consciência do exercício do voto.

A inscrição no recenseamento eleitoral faz presumir a capacidade eleitoral ativa; assim, é necessário que haja sentença com trânsito em julgado para declarar a incapacidade eleitoral ativa ou situação notória, como a internação em estabelecimento psiquiátrico, decorrente de declaração firmada por junta de dois médicos.

Assim, a capacidade eleitoral ativa cessa quando apresentado o documento que comprova a causa da incapacidade à entidade eleitoral, com a eliminação do nome do cidadão dos cadernos de recenseamento (MIGUÉIS; LUÍS; ALMEIDA et. al., 2015, p. 45).

A condenação penal transitada em julgado por si só não retira os direitos políticos do cidadão, como acontece no Brasil. Apesar de não ter efeito automático, não impossibilita a aplicação da perda dos direitos políticos como pena assessória.

Para que isso ocorra, é necessário o trânsito em julgado da sentença que decretou a perda e, cumulativamente, o crime contra a segurança do Estado, a concreta gravidade do fato e sua projeção na idoneidade cívica do agente (OLIVEIRA; CUNHA, 2013, p. 208).

Percebe-se que as causas de incapacidade eleitoral ativa no direito português são mais flexíveis do que as normas impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Somente se justificam na falta de vontade consciente e quando "seja necessária para melhor censurar àqueles crimes que tenham relação com violações dos deveres de cidadania ou de responsabilidade política" (OLIVEIRA; CUNHA, 2013, p. 217).

6 Considerações finais

É característica do regime de governo democrático a atribuição do poder soberano ao povo. Advêm desse poder os direitos políticos e, como direito fundamental, o direito de sufrágio.

O sufrágio é o direito do cidadão de participar da vida política da nação, e o voto é o exercício desse direito.

Para que haja soberania, transparência e segurança nos resultados das eleições, o voto deve ser direto, secreto, pessoal, periódico e igual, e o direito de sufrágio universal deve ser concedido a todos os cidadãos.

É necessário, para adquirir a capacidade eleitoral ativa, preencher os requisitos dispostos no ordenamento jurídico do país em questão.

Vimos que a capacidade eleitoral ativa em Portugal é mais abrangente do que a estabelecida no Brasil. Devido à reciprocidade de Portugal com diversos países, a cidadania portuguesa se estende a estes com residência no país.

Em Portugal, o recenseamento é automático, o que facilita a vida do eleitor, desburocratizando qualquer outra forma de inscrição – salvo quando for solicitada por cidadãos estrangeiros.

Os casos de incapacidade ativa eleitoral em Portugal mais se coadunam com seus fins, visto que a condenação criminal transitada em julgado não gera automaticamente a perda dos direitos políticos, que deve ser sempre pena acessória e necessita, também, estar relacionada a crimes políticos, violação ao exercício da cidadania ou qualquer outra forma ligada diretamente a ela.

A grande preocupação observada no Direito Eleitoral português concerne ao crescente número de abstenções nas últimas eleições,

o desinteresse do cidadão em participar da vida política. Considera-se envolvê-los por meio da obrigatoriedade do voto.

No Brasil, país de vasta extensão, é pertinente a obrigatoriedade do voto, pois, caso contrário, a eleição dos governantes poderia ficar somente nas mãos de uma minoria que tivesse mais envolvimento político.

O Brasil tem se destacado cada vez mais na forma de conduzir seu processo eleitoral por meio do voto eletrônico e, em futuro muito breve, a biometria será implantada em todo o país.

Por fim, denota-se que, quando há descaso do povo na escolha de seus representantes políticos, efetivamente não está sendo exercido o regime democrático, visto que a eleição dos governantes estará nas mãos de uma minoria que se interessa pela vida política do Estado, e esses eleitos acabarão por governar sob os anseios daqueles poucos que os elegeram.

Referências

ABREU, Dalmo Dallari de. *O renascer do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. Código Eleitoral. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 5 maio 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Processo eleitoral no Brasil*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/processo-

eleitoral-brasileiro/funcionamento-do-processo-eleitoral-no-brasil>. Acesso em: 4 abr. 2017.

_____. *Resolução nº 20.165 de 07/04/98*. Publicado no Diário da Justiça em 14/5/1998. Relator: Min. Nilson Naves, p. 85.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com o número 633.703, de 23 de março de 2011*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000182063&base=baseAcordaos>. Acesso em: 1 abr. 2017.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. t. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Eleitoral. *Urna eletrônica: entenda como funciona a transmissão dos votos*. (18 setembro 2014). Disponível em: <http://www.tre-df.jus.br/imprensa/noticias-tre-df/2014/Setembro/urna-eletronica-entenda-como-funciona-a-transmissao-dos-votos>. Acesso em: 25 ago. 2017.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GUEDES, Néviton. Comentário ao artigo 14º, parágrafo primeiro. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Cap. 4, art. 14, § 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MICHAELIS, *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Brasil: Melhoramentos, 2017. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=voto>. Acesso em: 12 mar. 2017.

MIGUÉIS, Jorge; LUÍS, Carla; ALMEIDA, João et. al. *Lei eleitoral da Assembleia da República:* anotada e comentada. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2015.

OLIVEIRA, Cristina Rego; CUNHA, Stella Furlanetto Mattos. A perda do direito de sufrágio ativo como efeito da condenação penal: uma abordagem comparativa entre Brasil e Portugal. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 8, n. 2, p.197-220, maio/ago. 2013.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Sétima Revisão Constitucional – 2005. Publicação. Diário da República, nº 155 – I Série - A, de 12 de agosto de 2005.

_____. Governo da República Portuguesa. O voto. *Portal Cidadão*. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/pt/a-democracia-portuguesa.aspx>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. Declaração nº 4/2013. *Diário da República*, Série I, n. 119, 24 jun. 2013.

_____. Lei Eleitoral da Assembleia da República. Lei nº 14, de 16 de maio de 1979. *Diário da República*, n. 112, Série I, 16 maio 1979, p. 915-938.

_____. Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais. Lei Orgânica nº 1/2001. *Diário da República*, 1.ª série-A, n. 188, 14 ago. 2001.

_____. *Lei do Recenseamento Eleitoral*. Lei nº 13, de 22 de março de 1999. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2545&tabela=leis&so_miolo=> Acesso em: 1 abril 2017.

RAMOS, Rui. Para uma história política da cidadania em Portugal. *Análise Social*, v. 39, n. 172, p. 547-569, 2004. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218707183C2vWV0xp9Xc99GX1.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2017.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Eleitoral. Voto Eletrônico. Edição Comemorativa: 10 Anos da Urna Eletrônica; 20 Anos do Recadastramento Eleitoral. Porto Alegre: TRE-RS/Centro de Memória da Justiça Eleitoral, 2006. p. 51. Disponível em: <http://www.tre-rs.jus.br/upload/23/Voto_Eletronico.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

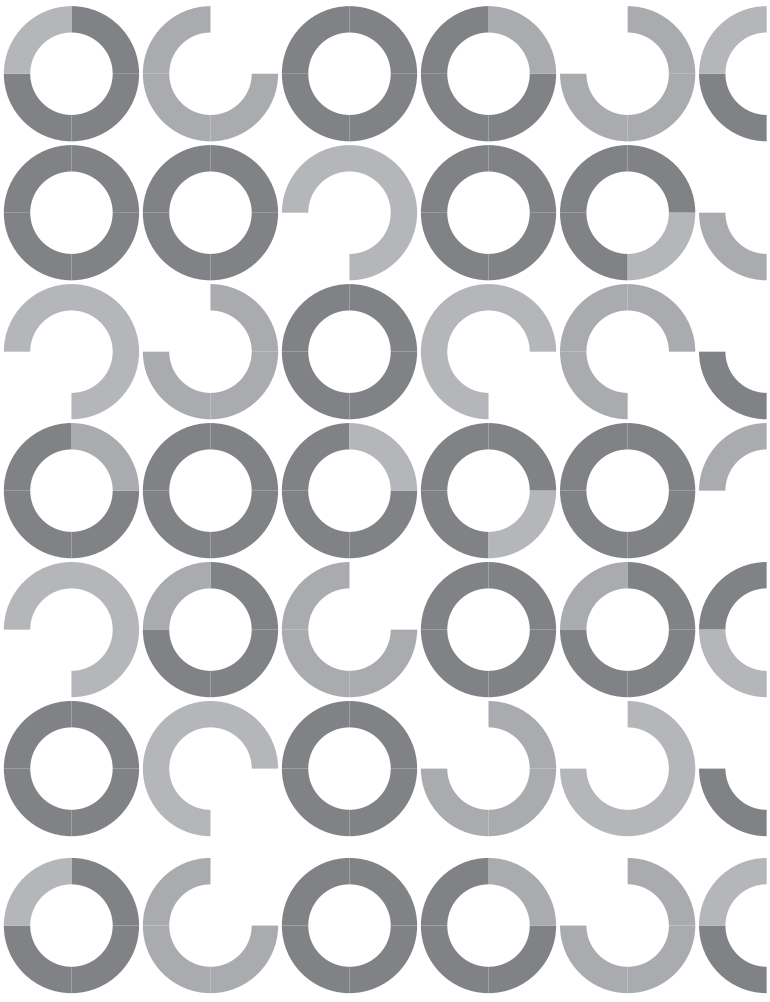
SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ESTUDOS ELEITORAIS

Consequências políticas do delito no Direito brasileiro e no Direito espanhol e a racionalidade das leis

Octavio Augusto da Silva Orzari



Consequências políticas do delito no Direito brasileiro e no Direito espanhol e a racionalidade das leis[1]

Political consequences of the crime in brazilian law and spanish law and law rationality

Octavio Augusto da Silva Orzari[2]

RESUMO

Este trabalho trata das consequências jurídicas sobre os direitos políticos individuais em decorrência da condenação criminal. Apresenta também as normas espanholas referentes à sanção de restrição de direito ao sufrágio passivo e à inelegibilidade decorrente do cometimento de delitos, comparando-as com as normas brasileiras sobre a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado e sobre a inelegibilidade por condenação criminal. Tendo como premissa a necessidade de racionalidade jurídico-formal do ordenamento legal, apresenta a possibilidade de que tais consequências político-jurídicas do delito tenham regulamentação conjunta e coerente, pautada pela proporcionalidade e pela observância dos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Inelegibilidade. Condenação criminal. Suspensão. Direitos políticos. Lei da Ficha Limpa.

---

[1] Artigo recebido em 2 de maio de 2017 e aprovado para publicação em 25 de maio de 2017.

[2] Mestre em Direito Penal e graduado pela Universidade de São Paulo/USP. Pós-graduado em Ciência Política pela Universidade de Brasília/UnB. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca/USAL. Ex-assessor da Presidência do TSE. Professor voluntário de Direito Penal na UnB. Advogado de carreira do Senado Federal.

ABSTRACT

The article deals with the legal consequences over the individual political rights as a result of criminal conviction. Presents the Spanish rules about the sanction of restriction of passive suffrage and about electoral ineligibility by criminal conviction and compares with the Brazilian rules about suspension of political rights and ineligibility by criminal conviction. Having as premise the legal-formal rationality, presents the possibility that such legal-political crime consequences have a uniform and coherent regulation lined with proportionality and fundamental garantees.

Keywords: Ineligibility. Criminal conviction. Suspension. Political rights. Complementary Law 135/2010.

1 Esclarecimentos iniciais

No ordenamento jurídico brasileiro, a condenação criminal gera consequências no plano dos direitos políticos e, em tal medida, estabelece-se importante relação entre o Direito Penal, o Constitucional e o Eleitoral.

O Direito Penal lida com o poder-dever de punir e com a liberdade do indivíduo; já os direitos políticos, de *status* constitucional e regulados pela legislação eleitoral, versam sobre a possibilidade de participação do indivíduo nos assuntos eleitorais e estatais. Os direitos políticos abrangem, dentre outros, desde o exercício do voto e a assunção de cargos públicos – mediante eleição ou concurso público – até a prerrogativa de ajuizamento de ação popular, garantia fundamental disponibilizada para a fiscalização e para a preservação da moralidade administrativa, bem como outras finalidades.[3]

A legislação espanhola também traz consequências políticas para o cometimento de um delito, portanto analisá-la comparativamente à legislação brasileira parece oportuno para, sucintamente, expor eventuais incoerências e suscitar inquietações acerca da relação entre a condenação criminal e os direitos políticos no ordenamento brasileiro – notadamente no que diz respeito à suspensão de um ou mais direitos políticos como sanção penal e à inelegibilidade como consequência do delito.[4]

[3] Para Silva, "os direitos políticos consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular". O eminente professor das Arcadas cita Pimenta Bueno, para quem os direitos políticos significam as "prerrogativas, os atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos" (SILVA, 2005, p. 345).

[4] O Supremo Tribunal Federal, nas ADCs nºs 29 e 30 e na ADI nº 4.578 (rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, por maioria, *DJ* de 26 out. 2010), entendeu, por maioria, que as inelegibilidades são "condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos", preferindo-se, aqui, todavia, especialmente quanto à

A opção pela comparação com a legislação espanhola objetiva instigar ainda a avaliação do sistema brasileiro de punição política pelo cometimento de crime e, possivelmente, fazer um paralelo com legislações estrangeiras, sendo ilustrativa do argumento pela busca da racionalidade sistêmica.

2 A racionalidade das leis

Quando se utiliza o termo "racionalidade das leis", urge a questão relativa a seus traços característicos. Em outras palavras, trata-se de perguntar: o que distingue uma lei racional de uma irracional? Quais critérios podem ser utilizados para tal distinção?

A literatura relativa à chamada "teoria da legislação" – que tem como principal expoente, no âmbito do Direito em geral, Manuel Atienza, e, no contexto especificamente penal, José Luis Díez Ripollés (2005, p. 61) – fornece à atividade legiferante cinco critérios ou "níveis" de racionalidade: a linguística, a jurídico-formal, a pragmática, a teleológica, e, por fim, a ética.

Por questões de espaço e para evitar digressões desnecessárias, deve-se clarificar que, para os fins deste trabalho, afigura-se relevante a perspectiva da *racionalidade jurídico-formal*, que diz respeito à incorporação harmônica e coerente das leis em um sistema jurídico, concebido como um conjunto de normas estabelecidas e estruturadas em um sistema.

A racionalidade jurídico-formal tem como escopo a sistematicidade, de modo que as leis penais constituam um *corpus* sem lacunas, contradições

inelegibilidade cominada na alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 (redação da LC nº 135/2010), anuir à posição minoritária no STF que considera a inelegibilidade decorrente de condenação criminal como uma sanção jurídica ou, em outras palavras, como consequência do delito, uma vez que a declaração judicial de ocorrência de um fato típico, ilícito e culpável é o antecedente lógico-jurídico que atrai a consequente limitação da capacidade eleitoral passiva.

e – o que é mais relevante para os fins deste trabalho – sem *redundâncias* e com integração ao sistema com obediência aos princípios preexistentes.[5] Ademais, exige-se que propiciem segurança e previsibilidade quanto às consequências normativas das condutas humanas. Disso resulta uma lei *irracional* na perspectiva jurídico-formal quando, nas palavras de Atienza (1997), ela contribui para "erodir" a *estrutura* do ordenamento jurídico.[6]

Desse panorama teórico, pode-se inferir que a erosão é mais grave na hipótese de cumulação de sanções e quando estão em jogo direitos fundamentais de liberdade e de participação política.

Há que se considerar que o exercício dos direitos de liberdade e dos direitos políticos, que contrastam com a coerção exercida pelo *ius puniendi* e com as restrições à participação da vida democrática, está sob a égide da categoria específica dos direitos fundamentais, o que acarreta observar que os poderes do Estado devem atuar com o objetivo de assegurar a sua máxima efetividade. A aplicação e a interpretação

[5] Tais como o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/1988), da proporcionalidade e do ne bis in idem. Essa última expressão, segundo Rodolfo Tigre Maia, é decorrente da proporcionalidade e é "associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (ne bis) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos por incoerente, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal" (MAIA, 2005, p. 27). A discussão quanto à *detração* do período de incidência da inelegibilidade imposta por órgão judicial colegiado (sem o trânsito em julgado) sobre o período posterior ao cumprimento da pena (já que a Lei da Ficha Limpa – LC nº135/2010 – estabelece a inelegibilidade por 8 (oito) anos "após o cumprimento da pena", art. 1º, I, *e*, da LC nº 64/1990), foi suscitada pelo relator das ADCs nºs 29 e 30 e da ADI nº 4.578, Min. Luiz Fux, que defendeu que deveria haver o desconto do tempo da inelegibilidade anterior ao trânsito em julgado, por força da proporcionalidade. Contudo, o STF acabou por não decidir nesse sentido.

[6] V. Atienza, (1997, p. 29-33). No mesmo sentido, alega Díez Ripollés que se trata, no contexto da racionalidade jurídico-formal, de assegurar a *consistência jurídica*, com o objetivo de "verificar que no acude [el legislador] a critérios ajenos a los princípios básicos del ordenamiento, ni se producen lagunas, contradicciones, o consecuencias indeseadas en otros sectores del ordenamiento" (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 96; 2005, p. 61).

das sanções em geral, especialmente daquelas de cunho criminal e político, percorrem o cerne do constitucionalismo garantidor de direitos e liberdades.[7]

Ao se considerar que a *cidadania* é um fundamento republicano (CF/1988, art. 1°, II), ganham pertinência as seguintes palavras de Guedes (2014, p. 660-1):

> [...] não se podendo recusar que o exercício dos direitos políticos é a maneira mais consentânea, livre e desembaraçada de se preservar os demais direitos fundamentais nas sociedades democráticas, além de se assegurar o seu mais amplo desenvolvimento (tarefa de todos os poderes do Estado), deve-se acentuar que toda e qualquer forma de possível restrição ao sufrágio, em qualquer de suas manifestações (direito ativo ou passivo), deve sofrer a mais severa e meticulosa sindicância por parte dos órgãos e agentes encarregados da fiscalização e aplicação do direito, especialmente do Ministério Público e do Poder Judiciário.[8]

Para o que se aplica ao presente trabalho, desponta a tarefa do Poder Legislativo na máxima efetividade da liberdade e do desenvolvimento dos sufrágios ativo e passivo, conjugada com a racionalidade jurídico-formal.

Vale, ainda, retomar o que preleciona Norberto Bobbio (2016), ao tratar de antinomias (da existência de normas contraditórias, não propriamente de cumulações e de redundâncias como se pretende apontar na análise da suspensão dos direitos políticos prevista na Constituição de 1988 e da inelegibilidade por condenação criminal do art. 1º, I, *e*, da LC nº 64/1990).

Segundo o autor, "a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento", indicando que ao legislador o dever de coerência e a proibição de antinomias soam como vedação de criação de normas incompatíveis, e que ao juiz cabe o dever de eliminar as antinomias.

---

[7] Canotilho (2003, p. 1.130).

[8] Guedes (2014, p. 660-1).

3 A legislação espanhola

Muñoz Conde e García Arán (2010, p. 516-7), ao tratarem das consequências do delito, abordam grupo de penas de privação de direitos ou que afetam situações jurídicas distintas da liberdade ambulatorial previstas no ordenamento espanhol.

Observam os autores (loc. cit.) que as chamadas *penas privativas de direitos*, como, por exemplo, a suspensão ou inabilitação para cargos, profissões e direitos, a proibição de dirigir veículos e a prestação de serviços à comunidade, não mais podem ser tidas como infamantes, na medida em que a privação do direito está diretamente relacionada com o delito, como no caso de privação de cargo público para um funcionário público em crimes contra a administração pública. Desse modo, integrariam legitimamente o sistema do Direito Penal *do fato – e* não o vetusto Direito Penal *do autor*.

Nesse contexto, eles noticiam a pena de *inabilitação do direito de sufrágio passivo* (privação temporária do direito de ser eleito para cargos públicos) prevista no art. 39 do Código Penal Espanhol.[9]

---

[9] Código Penal Espanhol, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de novembro: "Artículo 39. Son penas privativas de derechos:
a) La inhabilitación absoluta.
b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.
c) La suspensión de empleo o cargo público.
d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal.
h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
i) Los trabajos en beneficio de la comunidad.
j) La privación de la patria potestad".
Disponível em:<https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 30 abr. 2017. Grifos nossos.

Referem-se ainda à inelegibilidade prevista na Ley Orgánica del Régimen Electoral General, LO 5/1985, de 19 de junho:[10]

> Artículo sexto
> 1. [...]
> 2. Son inelegibles:
> a) Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena.
> b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.[11]

Os autores mencionam que a jurisprudência constitucional daquele país sustenta que o fundamento da causa de inelegibilidade do art. sexto, 2, *a,* supratranscrita "não está na existência de uma condenação, senão em sua especial gravidade ou na impossibilidade de desempenhar a função" (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010, p. 517).[12]

---

[10] Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-11672>. Acesso em: 30 abr. 2017.

[11] A redação da letra b foi dada pela Ley Orgánica 3/2011, de 28 de janeiro. A redação original, de 1985, era b) Aunque la Sentencia no sea firme, los condenados por un delito de rebelión o los integrantes de organizaciones terroristas condenados por delitos contra la vida, la integridad física o la liberdad de las personas".
A Constituição espanhola, de 29 de dezembro de 1978, é concisa ao dispor sobre inelegibilidades: "Artículo 70.
1. La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso:
a) A los componentes del Tribunal Constitucional.
b) A los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno.
c) Al Defensor del Pueblo.
d) A los Magistrados, Jueces y Fiscales en activo.
e) A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo.
f) A los miembros de las Juntas Electorales".
Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>. Acesso em: 16 out. 2015.

[12] Tradução livre do autor.

Há, na Espanha, regramento claro e preciso sobre o que pode acontecer com os direitos políticos de um indivíduo criminalmente condenado. Ele pode ser especificamente apenado com a sanção criminal de inabilitação do direito ao sufrágio passivo, pois uma sentença criminal transitada em julgado pode, nos termos do Código Penal espanhol, determinar fundamentadamente a restrição ao direito de ser votado.

Nessa seara, a doutrina afirma que a restrição imposta, que significa a redução jurídica da esfera individual pela concretude do direito de punir estatal, deve guardar relação com o fato delituoso, ou seja, há correlação lógica entre a acusação e a decisão (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2005, p. 515) e espera-se que a decisão judicial condenatória seja especificamente fundamentada nesse sentido.

Ao par da sanção penal de privação do direito ao sufrágio passivo, a legislação espanhola, como visto, comina a inelegibilidade em caso de aplicação da pena privativa da liberdade, enquanto durarem os efeitos da condenação.

Ademais, desde 1985, a legislação espanhola prevê a inelegibilidade para condenados, mesmo sem o trânsito em julgado, pelo delito de rebelião ou pelos delitos contra a vida, integridade física ou liberdade da pessoa, caso o condenado seja integrante de organização terrorista.

A partir de 2011, tal inelegibilidade sem o trânsito em julgado passou a atingir os condenados pelos delitos de *rebelião*, *terrorismo*, *contra a administração pública* ou *instituições do Estado*, quando a sentença criminal cominar a inabilitação para o sufrágio passivo ou a suspensão para emprego ou cargos públicos, nos termos da legislação penal.

4 Notas comparativas

Feitas tais breves anotações acerca do Direito espanhol, alguns comentários se fazem necessários frente ao Direito brasileiro.

Como se viu, a suspensão de direito de sufrágio passivo está presente no Código Penal daquele país, como pena privativa de direitos. No Brasil, todas as constituições, desde 1824, com sutis diferenças, previram a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal.[13]

Para Silva (2005, p. 385), "a suspensão dos direitos políticos constitui uma das penas restritiva de direitos", podendo se depreender das palavras do autor que se trata de espécie do gênero *sanção criminal* (derivada de fato típico, ilícito, culpável) de *status* constitucional[14,15] a ser cumulada com as típicas sanções criminais privativas da liberdade.[16] Afeta os

[13] Constituição de 1988: "Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos [...]".

[14] A posição atual do Supremo Tribunal Federal é a de que o art. 15, III, da CF/1988 tem eficácia plena e se aplica no caso de toda espécie de condenação criminal, seja qual for a infração penal que a ela deu ensejo.
"Diferentemente da Carta outorgada de 1969, nos termos da qual as hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos deveriam ser disciplinadas por Lei Complementar (art. 149, § 3º), o que atribuía eficácia contida ao mencionado dispositivo constitucional, a atual Constituição estabeleceu os casos de perda ou suspensão dos direitos políticos em norma de eficácia plena (art. 15, III). Em consequência, o condenado criminalmente, por decisão transitada em julgado, tem seus direitos políticos suspensos pelo tempo que durarem os efeitos da condenação". (STF, Plenário, Ação Penal nº 470, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 22.4.2013).
Na Parte Geral do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), havia as penas principais de reclusão, detenção e multa (art. 28). Como efeitos da condenação, havia a obrigação de reparar o dano e a perda dos instrumentos e produtos do crime (art. 74). Por seu turno, eram penas acessórias a perda da função pública, eletiva ou de nomeação, as interdições de direitos e a publicação da sentença (art. 67). Dentre as penas acessórias, as interdições de direitos foram mais detalhadamente tratadas e incluíam a incapacidade temporária para investidura em função pública e a suspensão dos direitos políticos (art. 69, II e V).

[15] No sentido de considerar a suspensão dos direitos políticos uma "incompatibilidade", v. Cintra Júnior (1996, p. 89-96). O autor, ao mesmo tempo, critica a afronta aos *princípios penais* da individualização da pena e da proporcionalidade consubstanciada no tratamento da suspensão dos direitos políticos estabelecido pela Constituição Federal.

[16] A Constituição de 1988 estabelece as sanções penais, dentre as quais se enquadraria a suspensão dos direitos políticos (alínea *e*): "Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;

direitos políticos em sua totalidade, ordinariamente concretizados com o exercício do voto e a capacidade eleitoral passiva (além de outras decorrências, podendo-se mencionar, por exemplo, que o condenado, por uma simples contravenção penal, delito de bagatela sujeito à disciplina dos juizados especiais criminais, fica, em tese, impedido de assumir cargo público caso sejam ultrapassadas todas as etapas procedimentais para tanto[17]).

Por outro lado, o argumento de que a suspensão dos direitos políticos não seria uma pena, mas um "efeito não penal da condenação criminal", deve ser objetado na linha de argumentação de Nilo Batista et. al., por sua contradição lógica: ora, se tratamos de uma consequência derivada de uma sentença transitada em julgado, imposta *em virtude* da prática de uma conduta *típica, ilícita* e *culpável*, como alegar que não se trata, em realidade, de uma verdadeira *pena criminal*?

Neste ponto, merecem ser lembradas as palavras de tais ilustres penalistas, criticamente dirigidas à reforma do sistema de penas do Código Penal brasileiro efetuada em 1984, que previu os chamados "efeitos da condenação", palavras estas que são, no entanto, perfeitamente oponíveis à linha de argumentação aqui questionada: "talvez o ponto menos feliz da reforma de 1984 esteja na eufemística designação de 'efeitos da condenação' para as verdadeiras penas previstas no art. 92 (nenhuma dúvida quanto aos efeitos contemplados no art. 91)".[18]

Nesse contexto, sobre o art. 15, III, da CF/1988, o Ministro do STF Teori Zavascki afirmou, em artigo acadêmico: "trata-se de preceito extremamente rigoroso porque não distingue crimes dolosos dos culposos,

c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos";

[17] Lei nº 8.112/1990, art. 5º: "São requisitos básicos para investidura em cargo público: I - o gozo dos direitos políticos [...]".

[18] BATISTA et. al. (2003, p. 483).

nem condenações a penas privativas da liberdade de condenações a simples penas pecuniárias. Também não distingue crimes de maior ou menor potencial ofensivo ou danoso" (1994, p. 180).

No Direito brasileiro, há restrição mais ampla do que na Espanha, onde a condenação criminal somente pode suspender o sufrágio passivo se houver relação entre o delito e a eleição a cargos públicos, conforme a doutrina já citada.

A incidência da sanção, por estar prevista em norma constitucional até então tida como de eficácia plena, independe de decretação específica e fundamentada na sentença, sendo aplicada automaticamente por meio de comunicação do trânsito em julgado da condenação à Justiça Eleitoral, responsável pelo controle e registros relativos à capacidade eleitoral dos cidadãos.

Na lei eleitoral espanhola, há interpretação de que a inelegibilidade derivada de condenação criminal à pena privativa da liberdade decorre da impossibilidade física de se ocupar o cargo eletivo, além da gravidade inerente a uma condenação à pena privativa da liberdade.

A disciplina brasileira da suspensão dos direitos políticos e da inelegibilidade por condenação criminal acarreta efeitos mais profundos quanto às restrições aos condenados criminalmente e mais alargados quanto ao tempo de duração.

No aspecto temporal, suspensão dos direitos políticos afeta tais direitos pelo período de produção de efeitos da condenação transitada em julgado, ou seja, até o cumprimento da pena ou extinção da punibilidade, restabelecendo-se os direitos políticos automaticamente.[19]

[19] Enunciado nº 9 da Súmula de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral: "A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independendo de reabilitação ou de prova de reparação dos danos".

A inelegibilidade por condenação criminal incide por decisão de órgão judicial colegiado, antecipando-se ao trânsito em julgado e desde que a condenação seja por um dos crimes previstos no rol da alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990.

Atinge o sufrágio passivo por um período de oito anos após o cumprimento da pena, somado ao tempo que decorrer entre a condenação por órgão judicial colegiado e o trânsito em julgado, mesmo em caso de recurso para reexame, alteração ou correção da condenação, segundo a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADCs nºs 29 e 30 e na ADI nº 4.578.[20]

E, entre esses dois períodos de inelegibilidade (condenação por órgão judicial colegiado e incidência após o término dos efeitos da pena criminal), insere-se a suspensão dos direitos políticos concomitante às demais sanções criminais (após o trânsito em julgado, enquanto durarem os efeitos da condenação).

Embora a inelegibilidade por condenação criminal e a suspensão dos direitos políticos sejam institutos distintos, ambos afetam os direitos políticos em razão de um crime, aproximando as normas sobre os pressupostos e aplicação da intervenção penal sobre a esfera individual e as normas sobre os direitos inerentes à cidadania.

A legislação espanhola fornece tratamento conjunto para a sanção criminal de suspensão do direito de ser votado e da inelegibilidade decorrente de aplicação da pena privativa de liberdade, e as duas produzem efeitos pelo período de duração da pena aplicada na condenação criminal, o que se coaduna com a individualização da pena e

[20] No julgamento referido, o STF chegou a discutir se seria caso de detração do prazo em que o condenado fica inelegível entre a condenação por órgão judicial colegiado e o trânsito em julgado, mas a conclusão foi a de que não deve haver subtração no cômputo do prazo total e, consequentemente, a inelegibilidade deve ser contada em sua totalidade após finalizado o cumprimento da pena criminal propriamente dita.

com a proporcionalidade, princípios orientadores do Estado democrático de direito.

No Brasil, por sua vez, a suspensão dos direitos políticos cinge-se temporalmente aos efeitos da condenação criminal definitiva, enquanto a inelegibilidade tem prazo fixo de oito anos iniciado após o cumprimento da sanção penal concretizada na decisão judicial.

A dosimetria da pena da condenação, que demanda o critério trifásico que afere a gravidade objetiva e subjetiva da conduta[21], não interfere no prazo da inelegibilidade, ao contrário do que se sucede na Espanha.

5 Aplicação antes do trânsito em julgado

Como verificado, a legislação espanhola, tal qual a brasileira, permite a incidência de inelegibilidade antes do trânsito em julgado.

Todavia, isso ocorre com regramento específico e com limitações, ao contrário das normas brasileiras, que a admitem por qualquer dos crimes previstos na alínea *e* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 e sem correlação lógica entre a espécie delituosa, o fato criminoso e a restrição política.

Há que se lembrar de que as condenações criminais são a comprovação judicial de que houve conduta grave sob a perspectiva da vida pregressa e da moralidade do pretenso candidato. Nesse sentido, a LC nº 135/2010 exclui a aplicação da inelegibilidade para crimes de menor potencial ofensivo, culposos e processados mediante ação penal privada[22], imputando a pecha de inelegibilidade aos fatos mais graves sob o ponto de vista de apenamento criminal.

---

[21] Art. 68, *caput*, do Código Penal: "A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento".

[22] Art. 1º, § 4º, da LC nº 64/1990: "A inelegibilidade prevista na alínea *e* do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada".

No entanto, considerando a amplitude do rol de crimes que ensejam a inelegibilidade no Brasil, sua aplicação sem a definitividade do julgamento se torna a regra, não a exceção.

Na Espanha, o caráter excepcional da antecipação da aplicação da inelegibilidade fica mais evidente na medida em que somente poderá ocorrer no caso do delito de *rebelião*[23], *terrorismo*[24], contra a administração pública[25] e contra as instituições do Estado[26], quando a sentença aplicar a pena criminal específica de inabilitação do direito ao sufrágio passivo, de inabilitação absoluta ou especial, ou de suspensão para emprego ou cargo público, pelo que se depreende da interpretação literal do dispositivo retrotranscrito.

No Brasil, a inelegibilidade é consequência automática da condenação por órgão judicial colegiado[27] independentemente de individualização, decretação ou fundamentação específicas.

Vale, por fim, anotar que o legislador brasileiro pretendeu amenizar a aplicação da inelegibilidade antes do trânsito em julgado com a previsão

[23] Arts. 472-84 do Código Penal espanhol, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de novembro.

[24] Arts. 573-80 do CP espanhol.

[25] Arts. 404-45 do CP espanhol.

[26] Arts. 492-505 do CP espanhol.

[27] Art. 15 da LC nº 64/1990, com redação da LC nº 135/2010: "Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.
Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput*, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu".

de liminar específica para suspender sua aplicação[28], o que confirma a pretensão de instituir a regra de incidência para momento anterior à conclusão definitiva do processo.

6 Conclusão

A partir dos panoramas espanhol e brasileiro apresentados, percebe-se a necessidade de normatização uniforme e coerente dos efeitos sobre os direitos políticos de condenação criminal, ou seja, de que a racionalidade jurídico-formal seja observada.

No Brasil, a suspensão constitucional dos direitos políticos por condenação criminal definitiva limita-se temporalmente aos efeitos da condenação, por expressa previsão constitucional, mas há efeito da condenação que vai além dos limites temporais da condenação, qual seja, a inelegibilidade pelo prazo de oito anos.

Na Espanha, a inelegibilidade e a inabilitação ao sufrágio passivo cingem-se ao período temporal dos efeitos da condenação criminal, guardando uniformidade com a pena principal e, assim, harmonia na relação do caso concreto com a necessidade e adequação da sanção.

A suspensão constitucional dos direitos políticos brasileira é muito mais ampla do que a pena de inabilitação ao direito de sufrágio passivo espanhola, uma vez que se aplica para toda e qualquer infração penal sem que se exija fundamentação e decretação específica na condenação. À guisa de exemplo, não seria tão absurdo que, em condenação por crimes culposos,

[28] Segundo o Provimento nº 29 do Conselho Nacional de Justiça, a inclusão no Cadastro de condenados por ato que implique inelegibilidade será imediatamente realizada pelo órgão judicial prolator da decisão (Art. 1º, II).
"Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso."

permanecesse o poder-dever de exercício da cidadania pelo voto e outras prerrogativas inerentes à cidadania (crimes culposos que – observe-se – são excluídos, por expressa previsão legal, da incidência da inelegibilidade).

Nada obsta, assim, que tal sanção penal constitucional seja regulamentada no ordenamento brasileiro,[29] dando-se conformação e concretude à norma constitucional para excluir casos em que a condenação criminal em nada impede ou se correlaciona, fatual e juridicamente, com direitos políticos.

Na mesma medida, no Brasil, tomando-se a legislação espanhola como exemplo, institutos jurídicos de origens distintas e afastados pela doutrina e jurisprudência, quais sejam, a inelegibilidade por condenação criminal e a suspensão dos direitos políticos, podem ter regulamentação integrada, sem sobreposições e acomodações punitivistas, uma vez que ambos são consequências jurídico-políticas do delito, de modo a se buscar normatização informada por racionalidade e proporcionalidade, com observância dos princípios e garantias fundamentais.

Referências

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madri: Civitas, 1997.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

[29] Questionando-se, assim, a repetição jurisprudencial de que o art. 15, III, da CF/1988, teria eficácia plena e abriria espaço para a regulamentação conjunta com as demais consequências do delito que recaem sobre os direitos políticos, regulamentação esta que existe quanto aos demais incisos do art. 15 da Constituição de 1988, a exemplo da Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre atos e sanções de improbidade administrativa.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA JÚNIOR, Dirceu Aguiar Dias. A suspensão dos direitos políticos em face dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 15, p. 89-96, set. 1996.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*: práctica y teoría. Madri: Trotta, 2003.

_____. El control de constitucionalidad de las leyes penales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2005/75, p. 59-106.

GUEDES, Néviton. Qualidade, significado e importância dos direitos fundamentais políticos. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al*. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 660-661.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, ano 4, n. 16, jul./set. 2005, p. 11-75.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

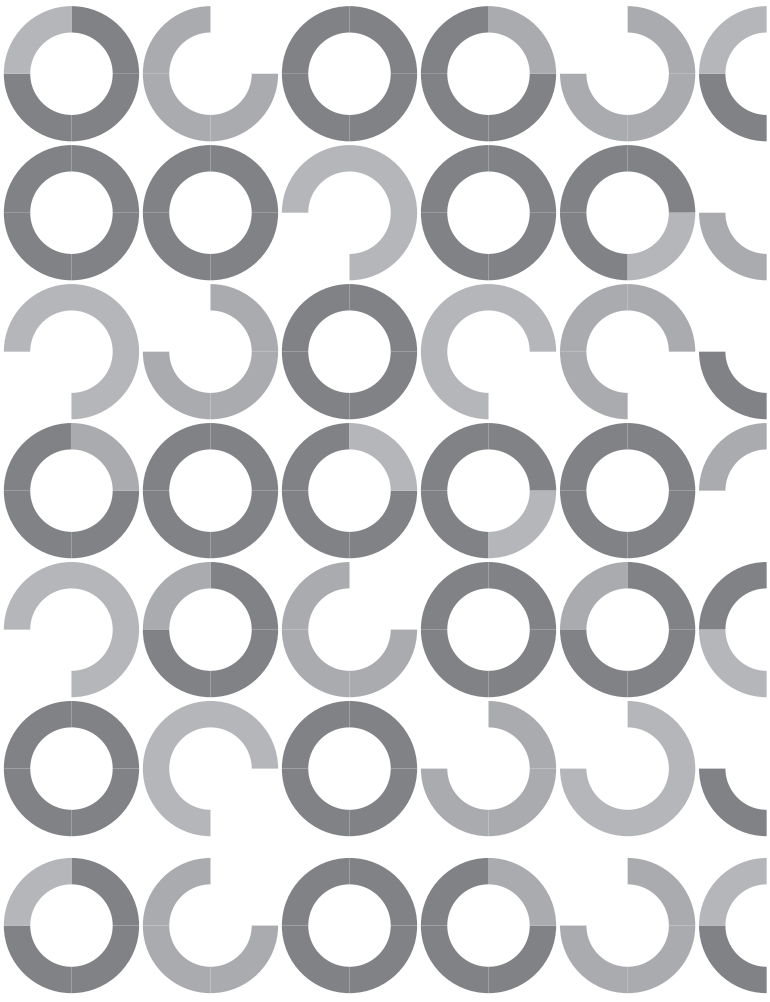
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 123, ano 31, jul./set. 1994, p. 177-183.

ESTUDOS ELEITORAIS

Mulher e política: a dificuldade da sub-representação no contexto brasileiro

Thanderson Pereira de Sousa



Mulher e política: a dificuldade da sub-representação no contexto brasileiro[1]

Women and politics: the difficulty of sub-representation in the brazilian context

Thanderson Pereira de Sousa[2]

RESUMO

Aborda a sub-representação feminina na política, no processo eleitoral e na democracia representativa dentro do contexto brasileiro. Tem por objetivo identificar o quadro de sub-representatividade da mulher no meio político como impedimento para a institucionalização da democracia representativa. Conta com abordagem metodológica qualitativa, ao delinear os aspectos subjetivos da sub-representação da mulher, e quantitativa, ao analisar dados das eleições de 2016 obtidos por intermédio do Tribunal Superior Eleitoral e de estudos feitos pelo World Bank. Infere-se da investigação realizada que os dados analisados explicitam a baixa participação da mulher na política brasileira, que, por sua vez, é prejudicial à conformação da democracia representativa.

Palavras-chave: Mulher. Política. Sub-representação. Democracia.

ABSTRACT

This study deals with female underrepresentation in politics, electoral process and representative democracy in the brazilian context. It has the

[1] Artigo recebido em 19 de agosto de 2017 e aprovado para publicação em 5 de setembro de 2017.

[2] Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela Universidade Candido Mendes.

primary objective of identifying the underrepresentation of women in the political arena as a problem that undermines the institutionalization of representative democracy. It has a qualitative methodological approach, delineating the subjective aspects of women's underrepresentation, and, quantitatively, analyzing data from the 2016 elections obtained through the Higher Electoral Tribunal and studies conducted by the World Bank. It is inferred from the research carried out that the data analyzed explain the low participation of women in brazilian politics, which in turn is detrimental to the conformation of representative democracy.

Keywords: Woman. Policy. Sub-representation. Democracy.

1 Introdução

Dada a pequena parcela de mulheres integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo no Brasil, este estudo busca teorizar sobre a sub-representação feminina na política, no processo eleitoral e na democracia representativa brasileira, voltando-se para a necessidade da inserção da mulher como agente político – apto a decidir sobre questões socialmente relevantes – e para as dificuldades acerca disso.

É extremamente necessário que se discuta a presença da mulher nos pleitos eleitorais e nos poderes políticos do Estado, como forma de melhor institucionalizar a democracia participativa no Brasil. Só é possível falar de democracia em um Estado quando todos os segmentos sociais estão, de fato, refletidos nos resultados do processo eleitoral. Com a atuação feminina aquém do necessário, é pertinente debater tal sub-representação.

A problematização da pesquisa se funda nas indagações acerca da existência ou não de um quadro de sub-representatividade feminina na política brasileira e na relação entre democracia representativa e participação da mulher nos cenários político e eleitoral, além de seus problemas.

É objetivo primordial deste escrito identificar a sub-representação feminina na política e seu impacto na democracia representativa, além de indicar algumas questões que inviabilizam a solução da situação de representatividade, apontando, sucintamente, medidas que podem ser adotadas para promover a inserção da mulher no âmbito político.

A pesquisa tem abordagem tanto qualitativa como quantitativa, tencionando compreender a essência da modesta participação das mulheres na política e os números que indicam esse fenômeno. Conta com técnica bibliográfica e documental, utilizando textos de

referência na temática abordada e análise de documentos resultantes do pleito de 2016.

Com a análise de dados obtidos com base nos sistemas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) e do World Bank, constata-se um real quadro de sub-representação feminina na política, o que configura crise na democracia representativa brasileira, acentuada pela abertura das listas no sistema proporcional, pela discriminação da mulher na divisão dos recursos para financiamento de campanhas por parte de partidos e de coligações e por candidaturas fictícias. Resta consignada a sugestão do desenvolvimento de estudos para o aperfeiçoamento do sistema proporcional de lista aberta, com vistas a ampliar a participação das mulheres e, consequentemente, a possibilidade de sua eleição, bem como a criação de mecanismos de fiscalização e de inibição de candidaturas fictícias e de discriminação na divisão de recursos partidários.

2 Sub-representação feminina na política brasileira

Na política, assim como em outras aéreas, a participação da mulher é marcada evidentemente pela exclusão. A não participação feminina no processo político é reflexo da desigualdade de gêneros, característica de sociedade patriarcal, que, por muito tempo, tomou a mulher como "sexo frágil", incapaz de comandar os rumos políticos do Estado, dissociando a relação entre mulher e poder (MIGUEL; FEITOSA, 2009).

Maria Conceição Corrêa Pinto (1992) explica que a cultura brasileira patriarcal, influenciada por ideias judaico-cristãs, foi a grande responsável pela eliminação da participação da mulher no processo político brasileiro. Para Pinto (1992), a subordinação da mulher dentro do contexto social patriarcal a vinculou tão somente à esfera doméstica, afastando-a inteiramente do cenário político e, por consequência,

construindo a percepção da mulher como inapta para a função de representação política.

A exclusão da mulher do processo político é histórica (PINTO, 1992), e a baixa presença feminina na arena política foi tomada como problema, no Brasil, há relativamente pouco tempo (MIGUEL; FEITOSA, 2009). Somente em 1932, com o Código Eleitoral Provisório, Decreto nº 21.076, foi reconhecido o direito de voto da mulher, ainda que de maneira conservadora, já que somente as mulheres com renda própria estariam habilitadas a exercerem-no.

Entre 1937 e 1945, a luta e reivindicação em prol da participação feminina na política foi esparsa. Com a Constituição de 1946, o direito de voto foi estendido para todas as mulheres. A partir de 1960 é que o engajamento da mulher na política começou a ser desenvolvido de forma mais evidente (COSTA, 2010).

O censo demográfico de 2010, realizado pelo IBGE, aponta que 51% da população brasileira é do sexo feminino, e a tendência é, ainda, o crescimento desse número, dada a observância das variações entre os censos de 1980, 1990, 2000 e 2010 (IBGE, 2014). Todavia, essa expressiva parcela da população não é representada proporcionalmente no meio político. A discrepância entre o número de homens e de mulheres, especialmente nos cargos mais concorridos, é facilmente identificável (MOTA; BIROLI, 2014).

De acordo com as estatísticas eleitorais de 2016 – elaboradas pelo Tribunal Superior Eleitoral –, das 496.895 candidaturas do pleito, incluídas as candidaturas ao Executivo e ao Legislativo municipal, 31,89% correspondiam a candidatas do sexo feminino.

Quanto aos resultados do processo eleitoral municipal de 2016, das candidaturas aos cargos de prefeito e vice-prefeito e de vereador,

as mulheres receberam 3,77% e 4,86% dos votos válidos, respectivamente. Dos eleitos para o cargo de prefeito, somente 11,8% são do sexo feminino e, para o cargo de vereador, somente 13,49%.

Em suma, nas eleições municipais de 2016, enquanto o número de mulheres concorrendo ao cargo de vereador era de 158.453, o de homens chegou a 338.445.

Na corrida ao Executivo, apenas 2.105 eram mulheres, enquanto os candidatos do sexo masculino perfaziam o total de 14.418. Em média, a cada 10 candidatos nas eleições de 2016, 3 eram do sexo feminino.

O partido político com maior número de mulheres na disputa foi o Partido da Mulher Brasileira, com 43% de candidatas – 1.923 mulheres de 4.477 candidaturas propostas pela legenda. Em seguida, tem-se o PSTU (39,2%), o PT (34,4%) e o Partido Novo (32,6%). O partido com o pior quantitativo de representação feminina é o PCO: 25 mulheres candidatas dentro das 60 candidaturas pelo partido (JADE, 2016).

Pode-se inferir dos números apresentados que, de fato, as mulheres estão inseridas em um quadro de sub-representação no cenário político brasileiro. Mesmo com as alterações à Lei nº 9.504/1997 feitas em 2009, o quadro de sub-representatividade subsiste e há grande distanciamento entre a maioria demográfica (mulheres) e os reais representantes do povo nos poderes políticos do Estado.

O acesso de cidadãos com características semelhantes (cor, sexo, crença) à arena do poder político, com a consequente exclusão dos demais cidadãos – as mulheres –, em um contexto social heterogêneo e plural, esclarece que a representação política padece de vício.

De acordo com relatório formulado pelo World Bank em parceria com o Tribunal Superior Eleitoral, o crescimento da participação feminina na política entre 1997 e 2017 tem sido de 2,7% ao ano. Nesse ritmo,

somente em 2080 o Brasil alcançará a igualdade de gênero no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo; são mais de 30 anos de atraso. Com 9,9% de mulheres no parlamento, o Brasil ainda não conseguiu atingir a média mundial do ano de 1990 (WORLD BANK, 2017).

A baixa participação da mulher nas disputas eleitorais é mais evidente no Nordeste: "20,38% ou 7813 candidatas a vereadoras na Região Nordeste tiveram 0 votos" (WORLD BANK, 2017, p. 2). Com base nas estatísticas 2016 (relação candidatos-votos) do TSE, nos estados do Ceará, Bahia, Paraíba e Alagoas, 40% das mulheres candidatas receberam menos de 10 votos nominais em 2016.

No Maranhão, por exemplo, das 18 vagas na Câmara dos Deputados, somente 1 atualmente é ocupada por mulher (Deputada Eliziane Gama – PPS). Na Assembleia Legislativa, o quadro não destoa: dos 45 cargos, somente seis são ocupados por mulheres (BRASIL, 2016).

O Projeto Mulheres Inspiradoras realizou pesquisa em 138 países, identificando o percentual feminino de composição dos parlamentos entre 1990 e dezembro de 2016. O Brasil ocupou a 115ª posição, com 9,9% de mulheres no Poder Legislativo, sendo desbancado por outros países da América do Sul com regimes democráticos mais instáveis, como a Bolívia (53,1%) e o Equador (41,6%).

Ante o exposto, depreende-se a necessidade de o Brasil superar o quadro de sub-representação feminina na política, igualando os Poderes Executivo e Legislativo em termos de gênero, e, consequentemente, aperfeiçoando o regime democrático representativo brasileiro.

3 Democracia representativa e participação feminina

A escolha de representantes do povo é uma prática desde o século XVIII, aprimorada com o decorrer do tempo, especialmente nos Estados

ditos democráticos. É a fórmula adequada para fazer com que interesses comunitários e individuais sejam discutidos em outro patamar – o político, vindo a constituir ou não agenda de governo em determinado Estado.

Joseph Schumpeter (1984, p. 336) define como democracia representativa "aquele acordo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decisão através de uma luta competitiva pelos votos da população".

Notavelmente, o Brasil constitui verdadeira democracia representativa, que, como todo sistema, padece de imperfeições. Bernard Manin (2002) já pontuou que o grande contratempo são as crises às quais está sujeito; para o autor, o momento singular da crise de representatividade é o grande abismo entre os governantes e os governados, entre os eleitores e os agentes eleitos.

Nesse sentido, é possível contemplar que a democracia – e sua institucionalização – só acontece inserida no contexto coletivo quando os agentes políticos representam o povo. Porém, só existe representação da sociedade por intermédio da aproximação entre os representantes e o próprio povo (ARAÚJO, 2012).

Dito isso, o desafio da democracia é a aproximação entre representantes políticos e representados, devendo a diversidade e a diferença figurarem como resultados do processo democrático (ISIN; TURNER, 2007).

Analisados os dados empíricos trazidos no tópico anterior, é possível afirmar que a sub-representação feminina na política, de maneira particular nos processos eleitorais, é sinal de crise da democracia representativa brasileira. Não há aproximação entre a parcela feminina da população (51%, conforme censo IBGE 2010) e a de agentes políticos, pelo contrário: o número de mulheres que desempenham funções políticas, seja no

Executivo, seja no Legislativo, é extremamente baixo, como demonstrado. É genuína exclusão das mulheres do cenário político.

Araújo (2012, p. 155) explica que a "exclusão da mulher da cena pública não é sinônimo de sua ausência da cena social": as mulheres – como parte considerável da população do Brasil – são eliminadas do jogo eleitoral em decorrência da ideia de uma "capacidade" socialmente construída, que não abrange as searas do jogo político brasileiro (BOURDIEU, 1989; MATLAND, 2002). Até o próprio sistema de cotas, inserido no ordenamento jurídico em 2009, com as alterações na Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), nasce da perspectiva de definição anterior da capacidade feminina.

Podem ser identificados alguns fatores, de ordem técnica, que inibem o aumento da participação efetiva de mulheres nos poderes políticos do Estado. Speck e Sacchet (2012, p. 167-168) esclarecem que, "a respeito do impacto do sexo sobre a representação política, uma das constatações é de que as mulheres são sub-representadas em todas as instâncias sequenciais de uma candidatura bem-sucedida".

Com relação às cotas para participação da mulher na disputa eleitoral, é preciso reconhecer inicialmente que, como ação afirmativa, nascem da frustração da expectativa social de que os espaços de poder devem contar com a presença relativamente proporcional dos grupos sociais existentes (MIGUEL, 2000), o que prejudica a institucionalização da democracia representativa no Brasil.

Luis Felipe Miguel e Fernanda Feitosa (2009) consideram que o sistema de cotas brasileiro é ineficaz. Miguel (2000) explica que a lei eleitoral foi alterada em 1997; no entanto, nas eleições de 1998, ficou clara a participação diminuta das mulheres na disputa, o que deslegitimou o próprio sistema de cotas, uma vez que as mulheres passaram a ser vistas como desinteressadas, politicamente falando (MIGUEL, 2000).

A ineficiência apontada pelos autores pode ser detectada, também, nas eleições de 2016; basta retornar aos números abordados. É enorme o distanciamento entre as mulheres (como grupo social) e os representantes eleitos na disputa eleitoral municipal mencionada, restando clara a sub-representação da mulher.

Partindo dessa premissa, pode-se observar que o sistema proporcional de lista aberta impacta negativamente as candidatas mulheres, uma vez que as campanhas passam a ser, de certo modo, personalizadas, e as mulheres que possuem número menor de candidaturas são, consequentemente, eleitas em número menor.

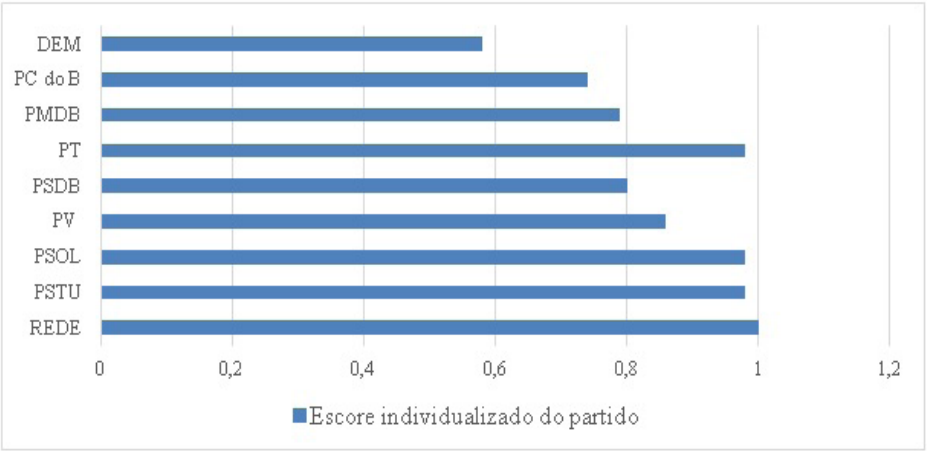
A fraude, no tocante ao processo de candidatura, contribui para o fenômeno da sub-representação das mulheres na disputa política. Relatório do World Bank (2017) descortina que 12,5% de todas as candidatas nas eleições de 2016 não receberam nenhum voto, enquanto entre os candidatos, somente 2,6%. Mais aguda é a realidade na Região Nordeste, onde 20,38% das candidatas não receberam nenhum voto nominal.

É cognoscível que a discrepância alarmante entre candidatos homens e mulheres que não receberam nenhum voto é indício de que os partidos políticos estão procedendo ao registro de candidatas somente para respeito aos 30% exigidos pela legislação eleitoral. Trata-se de candidaturas fictícias.

Outro problema que acentua a sub-representação feminina é o financiamento de campanhas. Os partidos políticos, com seus diretórios dirigidos historicamente por figuras políticas do sexo masculino, tratam de forma diferenciada o financiamento das campanhas de candidatos, sendo os homens beneficiados em detrimento das mulheres.

O gráfico a seguir – construído com base em dados disponíveis no portal do TSE – expõe a distribuição de valores de alguns partidos entre seus candidatos e candidatas nas eleições para vereador em 2016. Quanto mais próximo de um, maior é a igualdade entre o financiamento de candidaturas masculinas e femininas.

Gráfico 1 – Isonomia de distribuição de recursos para financiamento de campanha



Fonte: TSE

Note-se que, com exclusão da REDE, os demais partidos políticos possuem distanciamento em relação à razão um, o que evidencia a diferenciação entre recursos destinados a candidatos dos sexos masculino e feminino, ainda que relativamente pequena, nos principais partidos brasileiros.

Existem, portanto, aspectos do próprio processo eleitoral que dificultam a participação da mulher na política e acentuam cada vez mais o quadro de sub-representação feminina na seara política. Além disso, impedem que essa parcela da população alcance a posição de representante do povo e se responsabilize também pela discussão das questões políticas que se encerram em agendas governamentais.

É preciso enfrentar os problemas listados neste estudo: (1) a ineficiência das cotas de gênero; (2) a questão da lista aberta; (3) as candidaturas fictícias; e (4) a discriminação na divisão de recursos para financiamento de campanhas. O que se sugere é estudo empírico mais aprofundado, no sentido de melhorar o sistema de cotas de gênero e o sistema proporcional de lista aberta, aumentando a participação da mulher nessas listas. Além disso, recomenda-se a criação de órgão ou de mecanismo capaz de fiscalizar o andamento das campanhas após a formalização das candidaturas, com o fim precípuo de identificar e de inibir candidaturas fictícias. Por fim, propõe-se a conformação legal da proibição de discriminação de gênero quanto ao financiamento das campanhas e à distribuição de recursos por parte dos partidos políticos.

É fato que as medidas sugeridas podem não ser a solução plena para o fim do quadro de sub-representação feminina; no entanto, é preciso que a participação da mulher na política seja incentivada cada dia mais, até mesmo por meios legais. Como se infere dos dados quantitativos apresentados, somente a reserva de percentual de candidaturas às mulheres não é suficiente para inseri-las na realidade política no Brasil: é preciso fazer mais.

A democracia representativa no Brasil, conforme concebida por Schumpeter (1984), somente pode ser mais bem institucionalizada se a mulher participar dos poderes políticos do Brasil, discutindo questões importantes e relevantes para o direcionamento do Estado.

Ingeborg Maus (2009, p. 201) ressalta que "a vontade do 'todo' repousa, ao contrário, na inclusão de todos"; assim, a vontade do povo brasileiro deve incluir as mulheres, como grupo social, maximizando a conformação de democracia representativa no Brasil.

4 Conclusão

Conforme os dados analisados do TSE, IBGE e World Bank, em especial as informações referentes às eleições municipais de 2016, é contundente o entendimento de que existe um quadro de sub-representação feminina na política, e este constitui verdadeiro problema. O Brasil é um dos países com a menor participação de mulheres nos poderes políticos do Estado.

Tal sub-representação afeta diretamente a democracia representativa brasileira, sendo expressa manifestação de crise democrática, pois impede que uma maioria social – as mulheres – esteja também representada, afirmada e refletida na composição dos Poderes Executivo e Legislativo.

A modesta presença da mulher na política se torna mais evidente em decorrência de problemas como: a ineficiência da política de cotas de gênero; o baixo número de mulheres na lista aberta dentro do sistema proporcional; a candidatura feminina apenas para a satisfação formal da reserva de 30% imposta pela legislação eleitoral; e a diferenciação de valores do financiamento de campanha que os partidos fazem entre candidatos dos sexos feminino e masculino, prejudicando notoriamente as mulheres.

Portanto, a participação da mulher na política deve ser estimulada – rompendo a sub-representação – com a adoção de mecanismos e de ferramentas que maximizem a política afirmativa de cotas e o sistema de lista aberta, para incluir a mulher, impossibilitem as candidaturas fictícias e tornem ilegal a discriminação na distribuição de recursos de campanha entre candidatos homens e mulheres. Essas são medidas para melhor institucionalizar a democracia representativa no Brasil e, de fato, inserir a mulher nos poderes responsáveis por discutir os rumos do Estado.

Referências

ARAÚJO, Cintia. Cidadania política e inserção política das mulheres. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 9, p. 147-168, set./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n9/06.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BOURDIEU, Pierre. *A representação política:* elementos para uma teoria do campo político. Lisboa: Difel, 1989.

BRASIL, Senado Federal. + *Mulheres na política:* retrato da sub-representação feminina no poder. Brasília: PEM, 2016.

COSTA, Josebely M. de S. *Mulher e política:* discursivizações sobre candidatas na mídia on-line. 2010. Dissertação. Universidade Federal de Maringá. Maringá, 2010.

IBGE. *Estatísticas de gênero:* uma análise dos resultados do censo demográfico 2010. Rio de Janeiro: Coordenação de populações e indicadores sociais – IBGE, 2014.

ISIN, Engin.; TURNER, Bryan S. *Investigating citizenship:* an agenda for citizenshipstudies. Citizenship Studies, 2007.

JADE, Líria. *Eleições 2016:* apenas três em cada 10 candidatos são mulheres. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2016/09/eleicoes-2016-apenas-tres-em-cada-10-candidatos-sao-mulheres>. Acesso em: 1 jul. 2017.

MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Cambridge: Cambridge U. Press, 2002.

MATLAND, Richard E. Estrategias para ampliar la participación feminina em el parlamento: el proceso de selección de candidatos legislativos y los sistemas electorales. In: MÉNDEZ-MONTALVO,

Myriam; BALLINGTON, Julie (Coords.). *Mujeres en el parlamento*: más allá de los números. Estocolmo: IDEA, 2002.

MAUS, Ingeborg. *O direito e a política:* teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MIGUEL, Luis Felipe. Teoria Política feminista e liberalismo: o caso das cotas de representação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* v. 15, out. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v15n44/4149.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2017.

MIGUEL, Luis Felipe; FEITOSA, Fernanda. O gênero do discurso parlamentar: mulheres e homens na tribuna da Câmara dos Deputados. *Dados Revista de Direitos Sociais,* Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a06.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2017.

MOTA, Fernanda F.; BIROLI, Flávia. O gênero na política: a construção do feminino nas eleições presidenciais de 2010. *Cadernos Pagus*, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0197.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

PINTO, M. C. C. *A dimensão política da mulher.* São Paulo: Paulinas, 1992.

SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, socialismo e democracia.* Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SPECK, W. B.; SACCHET, T. Patrimônio, instrução e ocupação dos candidatos: uma análise das candidaturas de mulheres e homens nas eleições gerais de 2010 no Brasil. In: ALVES, J. E. D.; PINTO, C. R. J.; JORDÃO, F. (Orgs.). *Mulheres nas eleições 2010*. Rio de Janeiro: ABCP/Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais 2016*: candidaturas: quantitativo de candidatos por sexo. Disponível em: <http://inter04.tse.jus.br/ords/dwtse/f?p=139:104:7014309061877>. Acesso em: 30 jun. 2017.

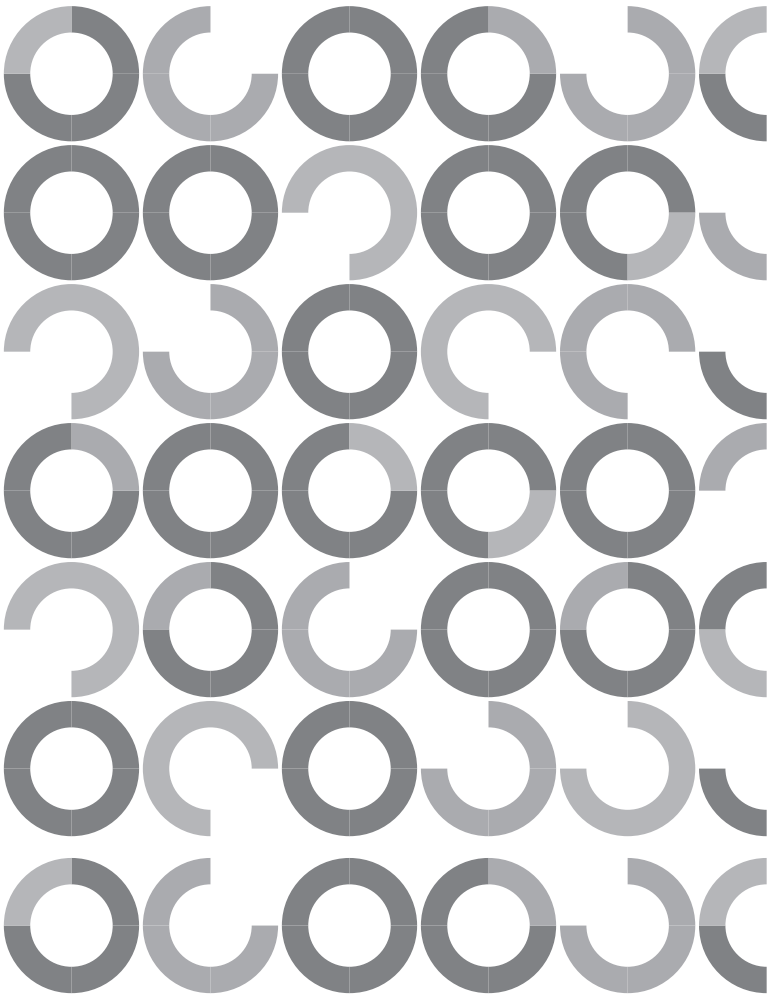
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais 2016 – resultados*: quantitativo por sexo. Disponível em: <http://inter04.tse.jus.br/ords/dwtse/f?p=139:104:7014309061877::>. Acesso em: 30 jun. 2017.

WORLD BANK. *Ranking de presença feminina no Parlamento 2017:* passo, presente e perspectivas para o futuro da participação da mulher na política, no Brasil e no mundo. Disponível: <http://www.marlenecamposmachado.com.br/documentos/pequisa-presenca-feminina-no-parlamento.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2017.

ESTUDOS ELEITORAIS

Considerações pragmáticas na fundamentação das decisões de cassação de mandato eletivo: uma análise de sua legitimidade

Vinícius de Oliveira



Considerações pragmáticas na fundamentação das decisões de cassação de mandato eletivo: uma análise de sua legitimidade[1]

Pragmatic considerations in decisions of cases of election mandate cases: an analysis of its legitimacy

Vinícius de Oliveira[2]

RESUMO

Este trabalho objetiva avaliar se uma norma que impõe a cassação de mandato eletivo pode ser ignorada diante de considerações consequencialistas da decisão avaliadas como negativas, tendo como escopo o emprego de ponderações pragmáticas nas decisões judiciais. Valendo-se do método exploratório e descritivo, conclui-se que, de modo geral, são constitucionalmente legítimos a avaliação das consequências da decisão judicial bem como o afastamento da aplicação de norma que prevê cassação de mandato eletivo, em contexto neoconstitucional e pós-positivista, aplicando-se o juízo de ponderação de princípios fundamentais.

Palavras-chave: Direito eleitoral. Pragmatismo jurídico. Mandato eletivo. Teoria da decisão. Ponderação de princípios.

[1] Artigo recebido em 6 de setembro de 2017 e aprovado para publicação em 9 de outubro de 2017.

[2] Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (2006). Pós-graduado em Direito Processual pela AVM/Cândido Mendes. Pós-graduando em Direito Público pela PUC/MG.

ABSTRACT

The article deals with pragmatic considerations in judicial decisions and aims to evaluate whether a rule that imposes the cassation of elective term can be disregarded in light of consequentialist considerations of the decision evaluated as negative. Using an exploratory and descriptive method, the article concludes that it is constitutionally legitimate to evaluate the consequences of the judicial decision, in general, as well as the removal of the norm application that provides for a cassation of elective mandate, in a neo-constitutional paradigm and post-positivist, applying the balancing of fundamental principles.

Keywords: Electoral law. Judicial pragmatism. Elective mandate. Decision theory. Balancing of principles.

1 Introdução

O Direito Eleitoral brasileiro, como é sabido, dispõe de diversos instrumentos processuais que podem ter como desfecho a condenação à perda de mandato eletivo com a cassação de diploma[3]. Trata-se de decisão que tem, potencialmente, muitas consequências práticas para a ordem econômica e social bem como para a segurança jurídica e para a estabilidade política e institucional. Muitas vezes, o provimento de uma ação judicial eleitoral que determina a cassação de mandato eletivo se dá quando o exercício deste já está em plena atividade, de modo que a retirada do mandatário implicaria, na prática, mudanças abruptas na política e nos projetos de governo já implementados, com sérios impactos, muitas vezes de dimensões imprevisíveis, na segurança jurídica de diversos direitos.

A temática do pragmatismo já vem sendo fartamente explorada em outros campos do Direito, mas a sua correlação com o Direito Eleitoral ainda é um campo a ser desbravado – o que revela a importância do presente estudo.[4]

Especificamente no Direito Eleitoral, uma pesquisa da jurisprudência[5] evidencia que considerações pertinentes às consequências concretas de

[3] São elas: a Ação de Investigação Judicial, por abuso de poder político ou econômico (AIJE, art. 22 da LC nº 64/1990); a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME, art. 14, § 10, da Constituição Federal); o Recurso contra a Diplomação (art. 262 do Código Eleitoral); a Representação contra Captação Ilícita de Sufrágio (art. 41-A da Lei das Eleições); a Representação contra Arrecadação e Gastos Ilícitos de Campanha (art. 31-A da Lei das Eleições); e, ainda, as ações penais eleitorais, possivelmente.

[4] O problema do impacto econômico e social das decisões judiciais é tema de debates e de investigações recorrentes nos diversos ramos do Direito contemporâneo, tendo sido, por exemplo, tema de congresso da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (Enfam), em 2009 (HAIDAR, 2009), de seminários promovidos por publicações jornalísticas (COURA, 2016) e constituindo-se disciplina própria nos cursos jurídicos conhecida como *Law & Economics* (Análise Econômica do Direito).

[5] Disponível em: <www.tse.jus.br>. Pesquisa realizada no repositório de jurisprudência virtual do Tribunal Superior Eleitoral.

uma decisão positiva ou negativa de cassação de mandato eletivo não costumam integrar o arrazoado das decisões. Há, no entanto, exceções. O exemplo contemporâneo mais eloquente dessa ordem de considerações na contramão da jurisprudência majoritária é o voto do Ministro Gilmar Mendes naquele que é considerado, até o momento, o mais importante *hard case* enfrentado pela Justiça Eleitoral no Brasil em sua história: o julgamento da cassação da chapa Dilma-Temer nas eleições de 2014 (AIJE nº 194.358, AIME nº 761 e Rp nº 8-46.2015), como veremos.

Tal constatação permite a indagação a respeito da juridicidade, da legitimidade e, acima de tudo, da constitucionalidade de uma fundamentação pragmático-consequencialista do julgamento de mérito de ações de cassação de mandato eletivo. Eis aí o objetivo do presente trabalho: avaliar a legitimidade jurisprudencial, doutrinária, constitucional e legal de semelhante fundamentação na contemporaneidade de nosso Estado democrático de direito. Mais especificamente, objetiva avaliar se é possível afastar sua aplicação diante de considerações consequencialistas e perante evidente subsunção de fato delitivo eleitoral à norma que impõe cassação de mandato.

Uma investigação nesse sentido somente seria possível no âmbito de intersecção entre o Direito Constitucional Eleitoral e a Teoria do Direito, especialmente os campos da Teoria da Decisão e da Hermenêutica Jurídica, e é nesse espectro que se dará o confronto dialético-argumentativo empreendido no presente trabalho.

2 Pragmatismo ou consequencialismo jurídico

Conforme as provas carreadas aos autos, a decisão judicial deve ponderar, em sua fundamentação, as suas prováveis consequências práticas futuras em vez de se ater a fazer juízo de adequação ou subsunção do fato concreto controvertido em análise ao direito posto?

E, mesmo se não houver dúvidas quanto à subsunção do fato controvertido a um direito objetivo posto, deve ele ser afastado em virtude de possíveis consequências nefastas de sua aplicação ou, conforme postulava o velho brocardo latino, *fiat justitia pereat mundus*?[6] Todas estas são questões que remetem à Teoria da Decisão e à Hermenêutica Jurídica e invocam o tema do pragmatismo ou consequencialismo jurídico.

Conforme ensina Barroso (2013, p. 344), o pragmatismo jurídico é uma das três grandes vertentes da teoria hermenêutica constitucional contemporânea no debate norte-americano – ao lado da teoria da interpretação evolutiva e da teoria da leitura moral da Constituição, de Dworkin (2006) – e tem como seu mais célebre defensor Richard Posner, magistrado federal americano e professor da *Chicago Law School*. Em essência, o pragmatismo jurídico preconiza:

> [...] uma modalidade de interpretação constitucional que procura produzir resultados que sejam "bons" para o presente e para o futuro (com base em algum critério de determinação do que seja bom) sem dever o intérprete se vincular ao texto, aos precedentes ou à intenção original dos constituintes (BARROSO, 2015, p. 344).

Como é cediço, o pragmatismo jurídico é legatário da tradição do pragmatismo filosófico norte-americano, que remonta às filosofias políticas de William James (1842-1910), de Charles Sanders Pierce (1839-1914), de John Dewey (1859-1952) e de Richard Rorty (1931-2007). Encontra esteio, também, na tradição da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham (1748-1832) e de John Stewart Mill (1806-1873), um universo filosófico tipicamente anglo-saxão. Todas essas são filosofias morais e políticas na qualificação de filosofias éticas consequencialistas e, como tais, se opõem às tradições filosóficas deontológicas, ligadas ao pensamento filosófico alemão de Kant e Hegel, sobretudo, conforme

[6] "Faça-se justiça, ainda que pereça o mundo", como é comumente sabido. A fórmula traduz a ideia de que o direito deve ser aplicado categoricamente, independentemente de suas consequências na realidade da vida concreta.

a tradicional divisão entre os sistemas morais consequencialistas e os sistemas morais deontológicos.[7]

Fruto do consequencialismo filosófico, o jurídico é teoria hermenêutica que coloca os efeitos da decisão judicial como ponto fulcral da decisão judicial. Schuartz (2008) nos explica que é consequencialista a teoria jurídica que condiciona "explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas". Para Arguelhes (2005), o argumento consequencialista, que caracteriza o consequencialismo jurídico, é "aquele tipo de argumento que fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos dessa decisão".[8] O consequencialismo encontra forte oposição na obra de Dworkin (2006) e sua aceitação, na doutrina nacional, só se faz com imensas ressalvas, como demonstraremos nos tópicos seguintes, pois, como afirma Arguelhes (2005),

> A presença de argumentos dessa natureza [consequencialistas] no exercício da função jurisdicional coloca uma série de dificuldades conceituais e práticas para a teoria do Direito, em especial quanto à sua compatibilidade com a ideia de Estado de Direito, à definição das suas condições de racionalidade e à legitimidade dos magistrados brasileiros para utilizar a previsão de consequências como elemento decisivo na solução de casos [...] (ARGUELHES, 2005, p. 1).

[7] A oposição entre as éticas filosóficas consequencialistas ou pragmáticas e as éticas filosóficas deontológicas ou categóricas está presente em todos os campos do Direito, mas se revela evidente na seara da Teoria das Penas, no que tange à perquirição da finalidade ou à função última da penalização de condutas juridicamente reprocháveis. De um lado, tem-se as teorias da prevenção geral e especial, influenciadas pelo pensamento utilitarista de Bentham e de Beccaria; de outro, tem-se as teorias da função retributiva das penas que encontram esteio nos sistemas filosóficos kantianos e hegelianos, conforme vemos em Bittencourt (2012, p. 148-176).

[8] Trata-se de postura decisória que se opõe à postura categórica, de evidente influência kantiana, para a qual a escolha entre decisões possíveis deve levar em consideração tão somente a aplicação do direito pertinente ao fato controvertido – quaisquer que sejam suas consequências, ainda que pereça o mundo.

3 As premissas consequencialistas do voto do Ministro Gilmar Mendes

Um dos mais emblemáticos casos de decisão judicial de grande importância histórica implementados por uma Corte Constitucional é narrado por Posner (2010, p. 251-276) na obra *Direito, pragmatismo e democracia*. Trata-se do caso notável *Bush vs. Gore*: no ano de 2000, George W. Bush e Al Gore estavam virtualmente empatados na corrida presidencial para a Casa Branca, restando apenas a proclamação do resultado das eleições no estado da Flórida. O conhecimento desse resultado, todavia, estava na pendência da resolução de complexa querela judicial a respeito da recontagem de votos naquele estado, disparada pelo candidato democrata. A Suprema Corte dos EUA, ao perceber que a contenda se arrastaria para além do prazo constitucional para a posse do Presidente da República, decidiu dar cabo da lide e impedir que ela se estendesse para evitar crise política de proporções potencialmente graves, conforme deixa claro Posner (2010)[9]:

> O mal potencial à nação de permitir que o impasse da eleição presidencial de 2000 se arrastasse até e talvez mesmo depois de janeiro de 2001 foi a característica mais impressionante de *Bush versus Gore* de um ponto de vista pragmático [...] (POSNER, 2010).

De forma semelhante, o voto do Ministro Gilmar Mendes parece revelar, para além das considerações de ordem processual quanto à aceitabilidade de provas após a estabilização da demanda, implicitamente considerações a respeito de potencial instabilidade política, econômica, jurídica – e mesmo institucional – em sua decisão de não prover o pleito de cassação da chapa Dilma-Temer. Revisando a gravação do voto

[9] Vê-se que a motivação essencial da decisão no caso foram as potenciais consequências negativas de um eventual provimento da demanda de Gore pela recontagem dos votos, já que tal procedimento impediria a posse do Presidente da República dentro do prazo constitucional normal. Não prevaleceu a preocupação com a justeza ou não do pleito de recontagem dos votos, mas a consideração de que essa recontagem traria consequências negativas para a estabilidade política do país.

disponível nas redes sociais (em nossa pesquisa a transcrição não foi encontrada), empreendemos degravação livre, permitindo-nos encontrar trechos que depõem em favor de nossa tese. Vejamos:

> [...] agora o objeto dessa questão é muito sensível e não se equipara com qualquer outro porque tem como ethos, como pano de fundo, a soberania popular, por isto é que a Constituição estabelece limites. Quando eu vi o levantamento que o Ministro Herman fez eu fiquei até preocupado porque, a rigor, nós deveríamos cassar todos os seus atos, pelos fundamentos trazidos, até 2006... Daqui a pouco, não vamos ter nem mais os colegas do Tribunal porque, daqui a pouco, Ministra Rosa, o seu ato estaria eivado, o ato de nomeação de V. Exa., estaria eivado de vício, porque foi indicada por uma Presidente que já teve seu mandato contaminado e todos os outros colegas, muitos colegas [...].[10]

Infere-se do trecho que o ministro presume que a cassação de mandato teria impacto sobre a *segurança jurídica* porque, hipoteticamente, implicaria a nulidade de atos de ofício já implementados pelo mandatário empossado que se quer cassar. No tópico proferido oralmente, o ministro sugere que a cassação de um mandato implicaria a nulidade de ato de nomeação de um ministro, por exemplo. Não entraremos aqui na discussão da nulidade desses atos em face da garantia constitucional fundamental do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI); ressalta-se apenas que, de fato, a segurança jurídica poderia sofrer abalos com a cassação de mandato eletivo, conforme o lembrado pelo presidente do TSE. Mais adiante, ainda de forma oral, o juiz da Suprema Corte Eleitoral menciona o comprometimento da *estabilidade constitucional* diante de eventual cassação de mandato:

> [...] o Brasil tem uma história de instabilidade. [...] Nessa fase atual, dos Presidentes eleitos, sob a Constituição de 1988, só dois terminaram o mandato. [...] Se formos voltar à história ampla do Brasil, só cinco presidentes terminaram o mandato. É com esse objeto delicado que estamos a lidar. É essa a responsabilidade desta Corte.[11]

---

[10] YOUTUBE. *Julgamento da Chapa Dilma-Temer*: reta final 4x3, Gilmar desempata e Temer fica. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4sdP_Jvqiz0>. Acesso em: 1° set. 2017.

[11] Op. cit.

Não nos escapa que as considerações consequencialistas não constam dos apontamentos escritos lidos pelo ministro em seu voto, nem que, de forma explícita, eles não compõem as razões de seu *decisum*. Com efeito, a decisão se baseou em dois fundamentos ostensivos: (1) preliminarmente, a improcedência da análise de fatos e de provas apresentados após a *estabilização da demanda*, eis que, *a contrario sensu*, o princípio do *devido processo legal*, e, mais especificamente, as normas-regras do art. 14, § 10, da Constituição Federal e do art. 329, II, do Código de Processo Civil, de aplicabilidade subsidiária às lides eleitorais, seriam feridos. (2) No mérito, a fragilidade da caracterização como abuso de poder econômico suficiente para justificar uma cassação de mandato dos fatos trazidos a julgamento pelos autores da ação; é o que revela o trecho do voto. Não são considerações consequencialistas, assim entendidas como aquelas voltadas para o futuro e para as consequências práticas da decisão; trata-se de considerações a respeito do enquadramento de fatos passados a normas principiológicas e regulatórias que compõem o ordenamento jurídico. São juízos categóricos, não consequencialistas.

Contudo, é mister reconhecer que as considerações trazidas à colação demonstram que, de forma implícita, compuseram a equação argumentativa do magistrado superior preocupações com as consequências de uma eventual cassação de mandato presidencial, mais especificamente, com as consequências para a segurança jurídica e a estabilidade institucional. Implicitamente, ele traz a aceitação de considerações pragmáticas ou consequencialistas na formação da *ratio decidendi* jurisdicional. Estamos diante, como vimos, de uma situação de fato.

Posto o fato, surgem as seguintes questões: (1) é constitucionalmente legítima a argumentação consequencialista no julgamento de ações de cassação de mandato; (2) os argumentos consequencialistas podem se

sobrepor ao juízo de subsunção de um fato ilícito eleitoral para o qual a lei prevê como sanção a cassação de mandato.

4 A aceitação do pragmatismo ou consequencialismo jurídico no Brasil

O consequencialismo jurídico vem sendo debatido no Brasil mais amiúde pela doutrina em trabalhos de publicação relativamente recentes. Arguelhes (2005) observa:

> Nos últimos anos, a comunidade jurídica brasileira tem se visto diante de um significativo crescimento do peso da consideração das consequências da decisão na fundamentação de acórdãos de tribunais superiores – em especial do Supremo Tribunal Federal (ARGUELHES, 2005).

Dutra (2015), juiz federal do Tribunal Regional da 4ª Região, recorda, em artigo publicado na Revista de Doutrina do TRF-4, fala do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim, que defende, de forma eloquente e ostensiva, não apenas a legitimidade da argumentação consequencialista como também a sua preponderância como critério hermenêutico:

> Quando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo, cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo da responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões (DUTRA, 2015).

Salama e Pargendler (2013) também notaram e anotaram que as considerações sobre as prováveis consequências práticas de normas jurídicas "se fazem cada vez mais presentes na interpretação do Direito no Brasil". Diversos são os campos do Direito nos quais as considerações consequencialistas são ventiladas, como o Direito do Consumidor e da responsabilidade civil no qual, nas palavras Leme de Barros (2014),

questiona-se a aplicação de altas indenizações para não se criar uma "indústria moral".

No entanto, é na seara do Direito Econômico que o consequencialismo jurídico tem despertado maior interesse, talvez pelo fato de ser um campo em que o Direito entra em confluência com a Economia, ramo científico que dispõe de instrumental teórico e empírico apto a permitir a previsibilidade probabilística de eventos futuros.[12] O mais propalado e, talvez, mais relevante caso é o da ADPF nº 165/DF. Trata-se da disputa entre a União e os contratantes de poupanças bancárias (milhares? Milhões?) em torno da pretensão indenizatória referente a prejuízos causados pelos Planos anti-inflacionários Bresser, Cruzado, Collor I e Collor II. A ADPF, ainda em curso no STF, está sob a relatoria do Min. Ricardo Lewandowski e foi proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro. A autora da ação busca deslegitimar o pleito indenizatório dos poupadores alegando, entre outras razões, o gigantesco impacto negativo que um eventual provimento positivo teria para o Poder Judiciário e a ordem econômica. Segundo o relator, a autora "[...] ressalta o potencial impacto macroeconômico das ações que envolvam os planos econômicos discutidos, estimando em 180 bilhões de reais".[13]

Há mais casos emblemáticos que envolvem o tema deste artigo. Dutra (2015) evoca o julgamento da ADI-MC nº 1946, na qual um argumento consequencialista esteve no cerne do arrazoado decisório da

[12] O ex-Ministro do STJ Nilson Naves, em congresso citado na introdução realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura, em 2009, a respeito do impacto econômico e social das decisões judiciais, declarou que "o juiz, ao dar uma decisão, há de pensar muito na repercussão de sua sentença no campo econômico", conforme lemos em reportagem de Rodrigo Haidar (2009) para o *site* jurídico noticioso *Conjur*.

[13] Suponha-se que a pretensão indenizatória dos poupadores tenha, de fato, respaldo do ordenamento jurídico nacional e que haja inequívoco direito dos mesmos, talvez fundamental, ao recebimento de indenização pelos malfadados planos econômicos: tal direito deve prevalecer, *pereat mundus*, em detrimento da economia nacional, mesmo dando ensejo a um "risco sistêmico", conforme expressão de Leme de Barros (2014)?

Suprema Corte. Decidiu-se pela não extensão de um direito trabalhista, alegando-se que ela estimularia o desemprego.[14] Apesar de serem atuais e relativamente recentes os questionamentos doutrinários a respeito do consequencialismo jurídico, sua prática jurisprudencial no país, em verdade, é antiga e anterior mesmo à Constituição de 1988. Dutra (2015) menciona ainda o posicionamento consequencialista do STF no julgamento do RE nº 79628 ao modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma de investidura de cidadãos em cargos públicos, convalidando seus atos de ofício já praticados com vistas a neutralizar potenciais resultados negativos para a segurança jurídica.

Esclareça-se que não é tão recente, nem estritamente vinculada às discussões do pragmatismo jurídico norte-americano, a preocupação com os desdobramentos práticos da decisão judicial. Obras clássicas da Teoria do Direito já cuidaram dessa ordem de preocupações, como as obras de Carlos Maximiliano e François Geny.[15] Maximiliano (2013), a título de exemplo, dedica uma seção de sua obra à "apreciação do resultado" na hermenêutica. Afirma categoricamente que, na aplicação da lei, o decisor jamais deve deixar de considerar os resultados do *decisum*, e deixa claro que a consideração das consequências se erige mesmo em regra hermenêutica, como podemos depreender de seu texto[16]:

[14] Nessa ação constitucional, decidiu-se, dando interpretação conforme o art. 14 da EC nº 20/1998, pela não incidência no teto de benefícios previdenciários do salário da licença à gestante previsto no art. 7º, XVIII, da CF, por razões consequencialistas, quais sejam: os potenciais efeitos de desincentivo à contratação de mulheres no mercado de trabalho caso o direito fosse reconhecido.

[15] Outro autor clássico do direito, Fraçois Geny, citado por Maximiliano (2013), também dava às consequências e à ordem prática importância hermenêutica essencial ao falar do imperativo da "[...] restrição da discussão de palavras ou dos argumentos lógicos em proveito das considerações morais, econômicas, sociais, penetradas de uma intuição simpática; *sacrifício dos conceitos* à utilidade; apreciação dos interesses justaposta, senão substituída à construção teórica" [grifo nosso].

[16] Ainda na parte citada de seu *opus* clássico, Maximiliano (2013) relata que a hermenêutica consequencialista tem suas raízes nas fontes jurídicas mais ancestrais de nosso direito, seja no Direito Romano, em vetustos brocardos tais como *in ambígua voce legis ea potius accipienda est significat quoe vitio caret* ("no caso de linguagem

> Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função de exegese, os dados da Sociologia, com o resultado provável de cada interpretação.
> [...] Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, *que melhor corresponda às necessidades da prática*, e seja mais humano, benigno, suave (grifos nossos).

Os autores clássicos aqui invocados chamam a atenção para o caráter sociológico da interpretação consequencialista. Nisso, aproximam-na das tipologias hermenêuticas contemporâneas alemãs que dão relevância à adequação de princípios e normas ao caso concreto (método da tópica), ao *ethos* social cambiante predominante de uma época (método científico-espiritual de Smend), à adequação do texto às circunstâncias históricas sem prejuízo do direito posto (método hermenêutico-concretizador) e à realidade social como plano de fundo (método jurídico-estruturante de Muller).[17] Esse breve relato nos permite concluir que a argumentação consequencialista é um *fato jurisprudencial no Brasil* e que sua prática não é historicamente tão recente, pois tem precedentes clássicos, como mostram os trechos de grandes hermeneutas aqui citados. Além disso, nota-se que o consequencialismo está relacionado aos métodos hermenêuticos contemporâneos, segundo a tipologia de Böckenförd exposta por Mendes e Branco (2014, p. 91-92).

Além da jurisprudência, também é possível encontrar, nos textos normativos de nosso ordenamento jurídico, desde a legislação ordinária até dispositivos que determinam a atenção do operador do Direito para as consequências concretas de sua prática, de forma explícita ou implícita.[18]

---

ambígua da lei, opte-se pela exegese de consequência prática, exequível, acorde com a realidade e o Direito"), seja na Escola de Exegese de Savigny.

[17] Todos estes métodos buscam se afastar do formalismo jurídico e dar concreção à prática jurisprudencial, ou em outras palavras, ajustá-la à realidade social concreta e contemporânea, aos seus valores. Inequívoco que essas hermenêuticas estão associadas ao consequencialismo, e que ele poderia buscar sua fonte de legitimidade nelas, eis que ele põe em destaque a importância dos efeitos da decisão judicial na realidade concreta.

[18] O Código Penal, por exemplo, atribui especial importância à consideração das consequências do delito na aplicação da pena e de sua dosimetria em seu art. 59. Há que se lembrar ainda o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que trata das ações

Subindo na hierarquia normativa à Constituição Federal, constata-se que não há disposição alguma na Lei Maior que imponha, proíba ou permita a consideração das consequências práticas da decisão judicial nas decisões judiciais de forma explícita. Quem quer que a defenda ou critique, contudo, deve, obviamente, demonstrar que sua pretensão tem esteio constitucional, vencendo lacuna constitucional no âmbito da Hermenêutica Constitucional.

5 Os limites da argumentação pragmática: pode o julgador deixar de cassar um mandato, mesmo com a subsunção de um fato a uma norma que impõe esta sanção, por razões consequencialistas?

As principais preocupações em relação ao pragmatismo jurídico estão relacionadas ao subjetivismo judicial, com a politização excessiva do Direito e com o excessivo valor dado a matérias extrínsecas ao direito posto. O consequencialismo abriria portas para a insegurança jurídica e para a negação da "integridade" do Direito, na expressão de Dworkin (2016, p. 15), ou do princípio da "unidade da Constituição", para usar uma mais afeita à doutrina brasileira.

De fato, é repulsivo, no Estado democrático de direito, negligenciar o direito posto sob a alegação de que sua implementação implicaria consequências práticas negativas na realidade concreta, sem a devida fundamentação. A consideração das consequências não pode se dar num vazio normativo, sem referência a uma fundamentação legal e constitucional sólida. A interpretação contrária é contraditória

de inconstitucionalidade. Este dispositivo impõe aos ministros do STF a faculdade de modular os efeitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Estamos, portanto, diante de exemplo evidente da legislação em que se autoriza e mesmo se estimula o julgado a prever as consequências práticas de sua decisão judicial e com base nestas antevisões, temperar sua decisão e aplicação do direito. O julgamento de ações de constitucionalidade é um dos âmbitos em que a argumentação consequencialista é mais recorrente, no momento da modulação de efeitos.

com o Estado democrático de direito em que vivemos como aponta Arguelhes (2005).

O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, paradigmas que alguns de nossos mais reputados constitucionalistas afirmam ser o *zeitgeist* jurídico de nossa contemporaneidade histórica (BARROSO, 2015), rejeitam o subjetivismo, o voluntarismo e a negação da sistematicidade da atividade judicante. Pelo contrário: revalorizam o direito posto e reafirmam a sua objetividade, propondo, porém, modelo hermenêutico que supere o legalismo em favor da supremacia da Constituição, a ponderação de princípios em lugar do simples raciocínio de subsunção e, ainda, a judicialização da política, como descreve Humberto Ávila (2009) em artigo no qual procura traçar os limites do neoconstitucionalismo. Corolário desses preceitos neoconstitucionais e pós-positivistas é a afirmação da primazia do direito posto sobre as considerações extrajurídicas, sejam elas de caráter moral, econômico ou social, ou referentes à vontade popular majoritária (papel contramajoritário da atividade judicial). Desse modo, um modelo consequencialista puro[19] seria inadmissível em nosso ordenamento.

Nada disso significa, porém, que nenhuma consideração consequencialista é admissível em nosso direito contemporâneo. Como vimos, muitas vezes é a própria lei que impõe o juízo consequencialista. O que pretendemos afirmar é que qualquer decisão que pretenda dar especial relevo às potenciais consequências de uma decisão judicial em detrimento de uma norma jurídica concreta só poderá fazê-lo com referência ao direito posto – a outra norma jurídica ou a um princípio constitucional. No contexto do Estado democrático de direito, uma decisão pragmática só é admissível se a argumentação consequencialista significa juízo bem fundamentado,

[19] Dutra (2015) diferencia o consequencialismo puro de Posner (2010), que bem seria definido na citação de Barroso (2015) neste artigo de um modelo deontológico sensível a consequências, calcado na teoria da supremacia dos princípios de Dworkin (2006). Neste modelo, as consequências devem ser avaliadas na decisão judicial, desde que a análise não entre em choque com o sistema normativo constitucional.

de preferência por uma consequência possível em detrimento de outra ou outras, se essa consequência preferível é a consequência vinculada à realização de uma norma ou valor jurídico preferível. O expediente hermenêutico que permite que seja feito esse juízo de preferência é conhecido: a *ponderação*.

Chegamos ao ponto em que podemos responder à indagação objetivo deste artigo: pode o julgador deixar de cassar um mandato eletivo, numa ação eleitoral que preveja esta sanção, em razão das consequências negativas para a ordem jurídica dessa cassação (mesmo quando há a subsunção óbvia de um fato a que a uma norma que prevê cassação de mandato)? Por exemplo: comprovada a compra de voto, deve ser aplicada a cassação de diploma, mesmo que de um só voto, mesmo em prejuízo da estabilidade política e da segurança jurídica? Estaríamos diante de um *hard case*?

Para respondermos tais questões, acreditamos que, primeiramente, é preciso definir quais valores sociais ou jurídicos fundamentais estão em jogo. As normas eleitorais, em geral, são dispositivos que buscam preservar uma série de princípios ou valores constitucionais gerais, como o *princípio da soberania popular*, o *princípio da isonomia* e o *princípio da moralidade da administração pública,* e específicos do Direito Eleitoral; são, porém, decorrentes dos primeiros, como o *princí*pio da autenticidade eleitoral e o *princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral* (SALGADO, 2011, p. 107-115). É preciso que esses princípios entrem em choque com outros princípios constitucionais num caso concreto, tais como o *princípio da segurança jurídica* e o *princípio da razoabilidade*, *da proporcionalidade e da eficiência da Administração Pública* – ou, ainda, com os princípios ou valores da *ordem pública* e da *estabilidade institucional* (art. 136 da CF). Além disso, é preciso demonstrar que o prejuízo causado pelo ilícito eleitoral para o valor preservado pela norma

eleitoral[20] seria menor que o prejuízo que se causaria para valores como a segurança jurídica ou a estabilidade institucional, caso se cassasse um mandato eletivo.

É possível imaginar casos potenciais em que se estaria diante de um impasse: cassa-se um mandato por uma lesão mínima, sem potencial ofensivo, à lisura do pleito, como impõe a legislação atualmente, ou preserva-se o mandato, tendo em vista que, estando ele já avançado, a segurança jurídica e a estabilidade política seriam comprometidas pelos grandes transtornos de uma substituição de mandato? Eis aí, a nosso ver, uma situação em que a argumentação pragmática tem legitimidade nas ações de cassação de mandato eletivo.

Por derradeiro, é preciso consignar que há sempre a suspeita de que muitas decisões que denegam o pleito de cassação de mandato o fazem por razões consequencialistas – não se quer turbar um mandato em curso. Contudo, considerando que muitos de nossos juízes não são dados à fundamentação judicial baseada em ponderação, mas apenas na fundamentação silogística de subsunção, força-se a argumentação para dizer que o fato não se enquadra na hipótese normativa. Age-se com prejuízo para com o dever de «sinceridade judicial», ou *judicial candor* (GONÇALVES, 2016).[21]

[20] Por exemplo, no caso do emprego de abuso econômico em campanha, o princípio da autenticidade eleitoral diante da captação de sufrágio ou a igualdade da disputa.

[21] É mais condizente com a moralidade da decisão judicial que um juiz diga categoricamente que deixa de cassar um mandato para não turbar o seu curso e preservar a estabilidade institucional do que forçar uma argumentação para dizer, por exemplo, um abuso de poder econômico em campanha eleitoral ou captação de sufrágio que está claro que ouve.

6 Conclusão

O excurso empreendido neste artigo permite-nos fazer as seguintes conclusões: (1) a fundamentação consequencialista das decisões judiciais é parte da prática jurisprudencial brasileira e não é recente; (2) o Estado democrático de direito rejeita o pragmatismo puro e as decisões fundadas apenas nas consequências da decisão judicial sem referência ao ordenamento jurídico em contradição com ele como sistema; (3) é possível a fundamentação consequencialista, num paradigma deontológico sensível a consequências e por meio de um juízo de ponderação de princípios; e, por fim, mas não menos importante; (4) é legítimo e constitucional que se deixe de aplicar a sanção de cassação de mandato eletivo, numa ação eleitoral, para um fato que se subsume a uma norma que a impõe, desde que, num juízo de ponderação de princípios fundamentais, o julgador anteveja que as consequências negativas para a preservação de valores e princípios fundamentais, tais como a segurança e a ordem jurídica, no caso de uma cassação, sejam valoradas como maiores que a lesão aos princípios fundamentais e valores protegidos pela norma eleitoral infringida, como a autenticidade eleitoral ou a isonomia da disputa.

Referências

ARGUELHES, Diego. Argumentação *consequencialista* e estado de direito: subsídios para uma compatibilização. In: *Anais do XIV Encontro do CONPENDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2017.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar., 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1: Parte Geral 1.

COURA, Kalleo. Impacto econômico deve ser levado em conta nas decisões. *Jota*, 7 dez. 2016. Disponível em: <https://jota.info/justica/impacto-economico-deve-ser-levado-em-conta-nas-decisoes-07122016>. Acesso em: 4 mar. 2017.

DUTRA, Alexandre Pereira. Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação. *Revista de Doutrina do TRF-4*, ed. 79, 27 fev. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Alexandre_Dutra.html>. Acesso em: 1 set. 2017.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade:* a leitura moral da Constituição Norte-Americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martin Fontes, 2006.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. A insinceridade na jurisdição constitucional. *Revista da AJURIS,* Porto Alegre, v. 43, n. 140, jun. 2016.

HAIDAR, Rodrigo. Juízes estudam impactos da deciões. *Conjur*, 28 mar. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-28/juizes-estudam-impacto-social-economico-decisoes>. Acesso em: 4 abr. 2017.

LEME DE BARROS, Marco Antônio Loschiavo. Consequencialismo e o argumento econômico em juízo: estudo sobre a utilização do argumento do risco sistêmico dos planos econômicos na ADPF 165. *Revista do Mestrado em Direito da UnB*, Brasília, v. 8, n. 1, p.1-24, jan./jun. 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SALAMA, B. M.; PARGENDLER, M. S. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, p. 95, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 6, n. 3, set./dez. 2011.

SANDEL, Michael. *Justiça* – o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo.

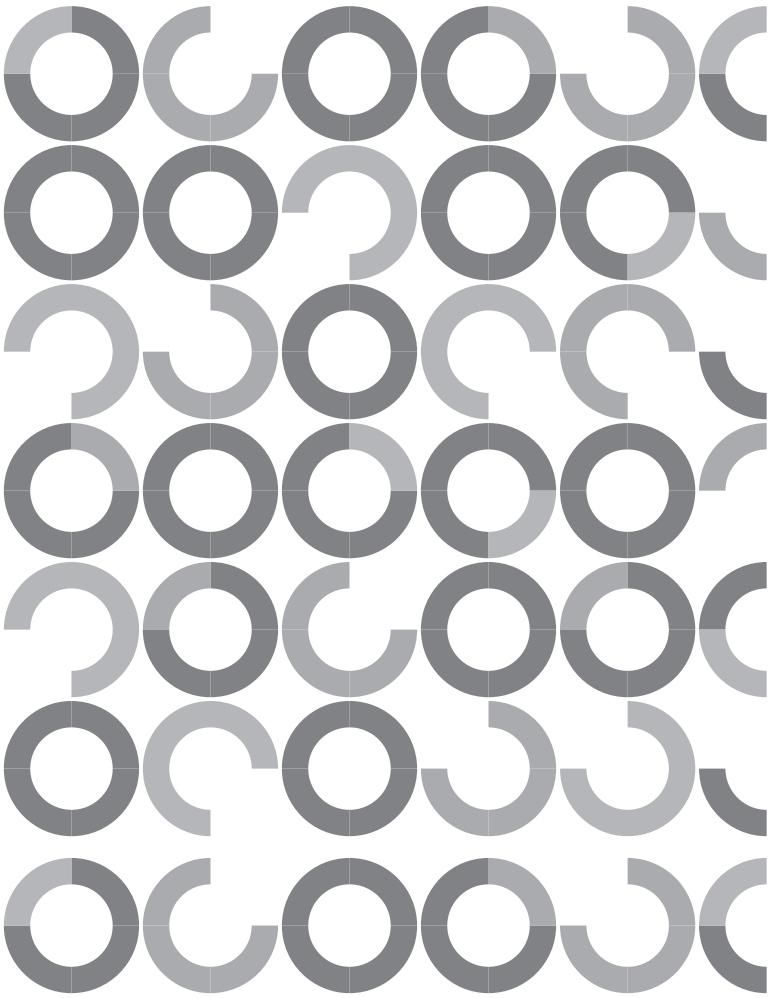
SHUARTZ, Luís Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>. Acesso em: 1 set. 2017.

YOUTUBE. *Julgamento da Chapa Dilma-Temer:* reta final 4x3, Gilmar desempata e Temer fica. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4sdP_Jvqiz0>. Acesso em: 1 set. 2017.

ESTUDOS ELEITORAIS
NA HISTÓRIA

Dos votos válidos, dos nulos e dos em branco: definição e problemas que suscitam

Augusto O. Gomes de Castro



Dos votos válidos, dos nulos e dos em branco: definição e problemas que suscitam[1]

Of valid votes, of nulls and of blank: definition and problems that suscept

Augusto O. Gomes de Castro[2]

RESUMO

Trata-se dos conceitos de votos válidos, nulos e em branco, objetivando esclarecer que o resultado da apuração das cédulas que contemplem votos em suas variadas categorias deve representar com fidelidade a vontade do eleitor ao exercitar o seu direito de voto. Destaca-se a necessidade da uniformização absoluta das cédulas para garantir o sigilo do voto e a lisura do pleito. Conclui-se que, em matéria de ordem pública, a conveniência das partes não paralisa a ação da Justiça, porque esta defende imparcialmente o verdadeiro interesse da sociedade.

Palavras-chave: Voto válido. Voto nulo. Voto em branco. Apuração. Eleitor.

ABSTRACT

It deals with the concepts of valid, null and blank votes, in order to clarify that the result of the calculation of the ballots that contemplate votes in their varied categories, must faithfully represent the will of the voter when exercising their right to vote. It highlights the need for

[1] Artigo publicado na *Revista Eleitoral*, Rio de Janeiro: TSE, n. 1, ago. 1951.

[2] Augusto Olímpio Gomes de Castro, mais conhecido por Gomes de Castro, foi promotor, escritor e político brasileiro.

absolute uniformity of ballots to guarantee the secrecy of the vote and the smoothness of the lawsuit. It concludes that in the matter of public order, the convenience of the parties does not paralyze the action of justice, because it defends impartially the true interest of society.

Keywords: Valid vote. Null vote. Blank vote. Results calculation. Elector.

O voto, como condição de seu sigilo, deve ser dado em cédula que se não distinga de outras, de modo a permitir a identificação do votante. Por esse motivo, o Código Eleitoral prescreve, no seu art. 78, que as cédulas serão de forma retangular, de cor branca, flexíveis, e de tais dimensões que, dobradas ao meio ou em quatro, caibam nas sobrecartas oficiais. Além disso, o mesmo dispositivo legal exige que as cédulas não contenham sinais ou dizeres, além do nome do partido, que é a legenda, e o do candidato, ambos devidamente impressos ou datilografados.

O gabinete indevassável e a sobrecarta oficial opaca são os meios empregados para neutralizar os efeitos da cabala e da compressão, porque tornam impossível o conhecimento seguro de quem não cumpriu a promessa ou a ordem.

Mas a validade do voto não depende apenas de qualidades formais, pois, como manifestação de vontade que é, precisa expressar com clareza o seu objetivo. A lei eleitoral vigente previu algumas hipóteses para presumir a vontade do eleitor, dando validade a um voto emitido em contradição às regras que ela mesma estabeleceu. Assim, a existência na cédula de mais de um nome parecia inquiná-la de nulidade, em face do que dispõe o art. 78 combinado com o art. 102. No entanto, no art. 55 está a regra de que, se na cédula com legenda aparecer nome de mais de um candidato do mesmo partido ou legenda, considerar-se-á escrito apenas o primeiro nome, ao qual naturalmente se contará o voto assim dado. Também, segundo preceito do mesmo artigo, se aparecer cédula sem legenda, o voto será contado para o candidato mencionado em primeiro lugar e para o partido a que este pertença. São dois casos em que a pluralidade de nomes de candidatos na cédula não determina a nulidade do voto. Há, ainda, o caso da cédula de legenda, que menciona um nome de candidato de outro partido, e o da que indica somente a legenda. Tanto em um como no outro caso, manda a lei que se conte o voto exclusivamente para a legenda escrita na cédula.

Houve tempo em que nos pareceu mais liberal a solução de não considerar nula a cédula que contivesse mais de um nome, pois nessa ocasião estava na mente do eleitor o sistema que vigorara no domínio do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Hoje em dia, no entanto, não aconselhamos a permanência na lei eleitoral dessas regras interpretativas da intenção do votante. Não consideramos que o eleitor haja manifestado de maneira inequívoca o seu voto, quando deposita na urna uma cédula com diversos nomes de candidatos de diferentes partidos. Ao não encimar a cédula com uma legenda, não torna clara a sua orientação política de modo a permitir sem arbítrio sanar-se a omissão. E se o candidato concretiza de tal modo o partido, que a simples menção do seu nome em uma cédula é bastante para presumir-se a intenção do eleitor de votar também no partido ou legenda que registrou tal candidato, por que a menção de candidatos de partidos diferentes não gera confusão a respeito do credo político do eleitor?

No regime de candidatos registrados, quando o registro só pode ser feito pelos diversos partidos, será excepcionalíssimo o caso do eleitor datilografar ou mandar imprimir a cédula que vai depositar na urna. As cédulas são mandadas fazer pelos partidos ou pelos candidatos, os quais não ignoram a lei e a sua exigência de que a cédula deve conter apenas a legenda partidária e um nome de candidato registrado sob essa legenda. Se, apesar disso, fazem delas constar mais de um nome e omitem a legenda, é claro que têm interesses ocultos que a lei não deve proteger. Os nomes estranhos podem ser iscas para pescar o voto dos incautos, dos que desconhecem as minúcias do sistema eleitoral adotado. Tais nomes podem igualmente converter-se em sinal distintivo que identifique o eleitor, pois, se não aparecer na urna a cédula em que o nome do candidato de um partido for seguido por um determinado candidato de outro partido, é sinal evidente de que quem a recebeu não a usou. Repetido o expediente com variação dos nomes secundariamente mencionados, as cédulas irão revelando o cumprimento ou não da

promessa ou da ordem, devidamente verificado o fato pelo fiscal do partido interessado no ato da apuração.

Mais uma vez insistimos sobre a necessidade da uniformização absoluta das cédulas, o que só se conseguirá quando elas forem impressas pela mesma autoridade encarregada do preparo e da distribuição do material para a votação, mediante encomenda de partidos ou candidatos e retribuição que cubra apenas o custo do serviço prestado. A não ser assim, o sigilo do voto e, consequentemente, a lisura do pleito estarão à mercê da esperteza de candidatos ou cabos eleitorais inescrupulosos e desleais.

O cumprimento de todas as exigências feitas para validade das cédulas de que temos tratado até aqui não as salvará de uma anulação geral de toda a votação realizada em seção onde haja ocorrido qualquer dos seguintes fatos:

a) procedida perante mesa constituída de modo diferente do prescrito em lei, ou feita em seção localizada em propriedade ou habitação de candidato ou seu parente até o 2º grau e de membro de diretório ou delegado de partido político;

b) realizada em dia, hora ou lugar diferentes dos designados, ou quando encerrada antes da hora legal;

c) feita em folha de votação falsa ou em que haja fraude;

d) quando a ata não estiver devidamente assinada;

e) quando faltar a urna ou demorar chegar à junta eleitoral, e não for devido a força maior;

f) quando a urna tiver sido violada;

g) quando os documentos do ato eleitoral não acompanharem a urna;

h) quando não for permitida, sem motivo legal, aos fiscais dos partidos, assistência aos atos eleitorais e sua fiscalização;

i) quando forem infringidas as condições que resguardam o sigilo do voto;

j) quando eleitor de outra circunscrição nas eleições estaduais, de outro município nas eleições municipais ou de outro distrito nas eleições distritais;

k) quando se provar coação ou fraude que vicie a vontade do eleitorado;

1) quando tiver havido violação de urna.

A não ser a coação ou fraude e a violação de urna, que dependem de apreciação quanto aos elementos que as caracterizam, as demais causas de nulidade de votação resultam de fatos concretos facilmente provados.

A nulidade prevista na letra *j*, que citamos, de acordo com o nº 9 do art. 123 do Código Eleitoral, parece-nos enunciada de forma incompleta. Falando somente em eleições estaduais, municipais e distritais, poderia parecer que não estaria nula a votação em que tomasse parte um eleitor de outra circunscrição votando em senador e deputados federais. No entanto, o art. 87, § 9º, estabelece em que condições pode o eleitor votar fora de seu município, substituído por esse modo infeliz a utilíssima instituição da ressalva. Dessa forma, não se admite que o eleitor vote em senador e deputados federais em outra circunscrição que não seja a de seu domicílio eleitoral. Ora, votar onde o seu voto não é admitido é o mesmo que votar sem ser eleitor, é incorrer em uma nulidade que não precisa ser expressamente declarada, tão óbvia ela está. Tanto isso é verdade, que sendo essa a maior das ilegalidades que pode haver em matéria de eleições, nenhuma lei eleitoral se lembrou de enumerar especificamente tal nulidade. Mas é um defeito que precisa desaparecer, essa enumeração

imperfeita contida no § 9° do art. 87 do Código Eleitoral, a qual provoca uma questão que não deveria existir.

Contudo, os votos podem ser ainda considerados sob um aspecto intermediário entre os válidos e os nulos: são os que não expressam a vontade do eleitor, os votos chamados *em branco*.

Foram expressamente mandados contar pela primeira vez pelo parágrafo único do art. 91 da Lei nº 48, de 4 de maio de 1935, mas já haviam sido tomados em consideração nas eleições de 14 de outubro de 1934, por decisão do antigo Tribunal Superior, em acórdão de que foi relator o grande civilista patrício Ministro Eduardo Espínola. O Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, no nº 6 do art. 58, mandava que se determinasse o quociente eleitoral, dividindo-se o número de eleitores que concorreram à eleição pelo de lugares a preencher no círculo eleitoral, desprezada a fração. Ora, os votos nulos não podem ser considerados representantes de eleitores que concorreram à eleição, pois é como se votos nessas condições não existissem, como se nunca tivessem sido dados. Mas os votos em branco não são nulos e, portanto, não há razão para considerar ausentes da eleição os que se manifestaram por essa forma.

Os eleitores que não compareceram ao pleito revelaram um completo desinteresse pela escolha de seu dirigente e de seus mandatários, mas os que estiveram presentes sem manifestar preferência por nenhum candidato ou partido mostraram a intenção de se louvar a escolha que fizessem os demais votantes.

Se é justificável que sejam tomados em conta os votos em branco, não deixa o fato de criar problemas que convém examinar.

Em primeiro lugar, é necessário determinar o que se deva entender por voto em branco. A expressão não pode se limitar ao seu sentido

literal de cédula inteiramente branca. O Tribunal Superior, pelas Resoluções nº 1.883, de 17 de maio de 1947, e nº 2.192, de 28 de agosto do mesmo ano, definiu como voto em branco o dos eleitores que depositam na urna cédulas em branco, sobrecartas vazias ou com menor número de cédulas que o permitido.

No entanto, a enumeração feita nas citadas resoluções ainda não alcança todas as hipóteses dessa espécie de votação. O que se dá no voto em branco é a falta de manifestação útil da vontade do eleitor. Por isso, toda vez que o voto não é nulo, mas também não traduz a escolha do eleitor que possa ser considerada, será em branco.

Será esse o caso do voto dado a candidato inelegível, que não pode ser contado, sem, no entanto, incorrer em nulidade? Para configurar a hipótese que sugerimos, é imprescindível que a inelegibilidade já existisse antes da eleição, embora só fosse decretada posteriormente. "As condições de elegibilidade são as que preexistem ao pleito e não as ocorridas depois da eleição", muito bem o decidiu o Tribunal Superior na Resolução nº 1.538, de 11 de fevereiro de 1947. A declaração de inelegibilidade por fato superveniente à eleição ou por morte de candidato eleito é ocorrência que não modifica uma situação jurídica perfeita. Apenas, na segunda hipótese, dar-se-á uma vaga, preenchida pelo suplente respectivo ou por nova eleição na falta deste.

Contudo, os votos dados ao candidato que, embora registrado, não tinha condições de elegibilidade, são considerados em branco e como tais contados para a formação do quociente eleitoral. Foi o que decidiu o Tribunal Superior pela Resolução nº 2.091, de 17 de julho de 1947, ao estabelecer que "os votos dados à legenda do Partido Comunista do Brasil deverão ser computados para o efeito da determinação do quociente eleitoral" (*Diário da Justiça*, Seção lI, de 27 de agosto de 1947, p. 391). Esse egrégio Tribunal referiu-se aos votos recebidos pela legenda desse partido, cujo registro havia sido cancelado, porque assim abrangia

todos os votos dados, mas só podia mandar contá-los para a formação do quociente eleitoral porque os considerava como votos em branco. Há casos em que pode prevalecer o voto para a legenda, mesmo quando não prevaleça em relação ao candidato; nesse caso, não há votos *em branco* e não era essa a situação dos votos a que se referiu o Tribunal Superior na citada resolução, pois, na hipótese, não podiam ser apurados também os votos dados à legenda, que se referia a um partido político cujo registro havia sido cancelado. E se tais votos foram mandados tomar em consideração, foi porque das respectivas cédulas se concluiu nada existir como manifestação útil de vontade, que se tem como sinal característico do voto "em branco".

Não se trata de uma questão bizantina, sem interesse prático apreciável, pois do modo de encarar o voto *em branco* pode resultar a validade ou nulidade de toda a votação.

As leis eleitorais consignam uma disposição pela qual a nulidade de mais da metade dos votos de uma região ou circunscrição eleitoral prejudicará as demais votações e mandar-se-á fazer nova eleição. Assim disseram o Decreto nº 21.076/1932, art. 97, parágrafo único; a Lei nº 48/1935, art. 160; o Decreto-Lei nº 7.586/1945, art. 104 § 1º; e a Lei nº 1.164/1950, art. 125.

De acordo com essa disposição, a não contagem dos votos dados aos candidatos inelegíveis, se fosse nula essa manifestação de vontade, importaria na nulidade de toda a votação, no caso de o seu número ser superior à metade dos votos apurados em uma circunscrição eleitoral. Mas se, em lugar de nulos, tais votos fossem considerados *em branco*, os eleitores que os depositaram na urna seriam tidos como presentes à eleição e a votação prevaleceria.

Temos, porém, dúvida sobre a justiça de semelhante resultado. O eleitor que vota de maneira ilegal, por ignorar a lei ou por descuido, não se pode queixar da sanção que for aplicada à sua ignorância ou desatenção. Mas, o que vota em candidato devidamente registrado e cujo defeito visceral era tão oculto que escapou do próprio Tribunal que o registrou tem razão de estranhar que a sua vontade, que está em harmonia com a da maioria dos votantes, seja desprezada em favor de um candidato de partido diverso e não seja contado o voto dado a candidato inelegível. Ele está certo, porque tal candidato não pode exercer uma função que lhe é vedada pela Constituição ou pela lei, e o voto da maioria não tem o poder de corrigir vício insanável de tal magnitude. Todavia, ao manifestar claramente a sua vontade pelo voto que deu a um candidato que reunia aparentemente as condições para ser eleito, tanto assim que um Tribunal o registrou, o eleitor não tem culpa na inutilidade posterior do seu voto e, portanto, não é justo aplicar-lhe sanção que importe em prejuízo de seus direitos. Ora, considerar o voto desse eleitor como não exprimindo nenhuma vontade, e por esse modo de entender chegar à conclusão de que o seu representante deve ser um candidato de ideias diversas, é mais do que desconhecer o seu direito de voto: é imputar-lhe uma intenção que visivelmente não teve, qual a de se louvar na escolha que os eleitores da minoria fizeram.

Numa democracia, nenhum defeito se sobrelevará à falta, no titular de cargo eletivo, de autoridade, por esta não se fundar na maioria dos sufrágios. É certo que é como se quem vota defeituosamente não tivesse votado, mas isso só acontece ao que votou com um defeito que anule a sua manifestação de vontade. E, nesse caso, o seu voto, se for idêntico ao da maioria dos votantes, acarretará a anulação do pleito e a repetição da eleição. Contudo, tal não se dá quando a maioria votou de maneira hábil, mas não útil. Tudo está, pois, não em se considerar inexistente uma vontade manifestamente expressa, porque o voto que a consigna não pode ser contado, mas em se atribuir ao eleitor um intuito que está em

desacordo com as suas ideias políticas. O eleito deve necessariamente representar, pelo menos, a maior parte dos votantes, nas eleições feitas pelo sistema majoritário, ou o maior grupo nas realizadas pelo sistema proporcional. Aquele que não reunir essa conformidade de vontades, que for considerado eleito por uma presunção jurídica que se não apoia na realidade, ficará numa posição falsa para falar em nome de uma maioria que evidentemente não o queria para esse cargo eletivo.

Nem se diga que, com esse modo de entender, chegar-se-ia a só considerar legítimo representante do povo o eleito por maioria absoluta. Os que não compareceram às urnas, os que, tendo depositado uma cédula, não fizeram menção do nome de nenhum candidato desinteressaram-se do pleito, ou louvaram-se no acerto da escolha dos eleitores que foram explícitos na manifestação de sua preferência ou escolha. Assim, podem perfeitamente ser representados pelos mandatários escolhidos por aqueles a quem eles próprios, pela sua indiferença ou indecisão, delegaram o poder de eleger. Mas os que designaram nominalmente o candidato de sua preferência, o qual fora apresentado sob a égide de um partido político e registrado no respectivo Tribunal Eleitoral, reunindo, portanto, todas as condições para receber votos, não podem sem injustiça ser equiparados aos indiferentes ou aos indecisos, porque não se revelaram nem desiludidos, nem amorfos.

Por isso, parece-nos mais equitativo que o voto dado a candidato inelegível, quando este tenha sido devidamente registrado pelo respectivo Tribunal, seja declarado nulo e não *em branco*.

Sobre o voto dado a candidato inelegível, há outro ponto que convém ser examinado.

Embora o artigo que ordena que não se contem dos votos a tais candidatos esteja colocado no capítulo que trata da contagem dos votos, à junta eleitoral não compete decidir um assunto de alta indagação.

O § 3º do art. 102 do Código Eleitoral diz isso expressamente, referindo-se, porém, ao caso de haver impugnação. Mas a junta, mesmo sem impugnação, estará diante da proibição contida no citado parágrafo e terá de atendê-la. Para isso, tomará os votos do candidato que ela considerar inelegível em separado, para ulterior decisão do respectivo Tribunal Regional.

Neste último caso, os votos tomados em separado só serão contados mediante resolução do Tribunal Regional que a eles se refira. Mesmo não havendo impugnação ou recurso, nenhum voto tomado em separado pode ser levado em consideração sem uma decisão que dissipe a dúvida em virtude da qual foi apartado provisoriamente. O Código Eleitoral, art. 106, como todas as leis anteriores, diz competir aos tribunais regionais, como preliminar de sua ação apuradora, resolver as dúvidas não decididas. Ora, a apuração em separado é a declaração de uma dúvida sobre a incorporação de determinados votos ao cômputo geral. Compete, pois, ao Tribunal Regional dirimir essa dúvida, mandando contar tais votos se julgar a objeção improcedente, ou tomando definitiva a separação no caso de opinar pelo acerto da resolução da junta eleitoral.

É preciso lembrar que as leis eleitorais mais recentes dizem que a apuração cabe às juntas eleitorais e aos tribunais regionais. Se a intenção do legislador fosse limitar a ação dos tribunais regionais no que respeita à apuração, unicamente ao julgamento de recursos, não teria necessidade, para isso, de nenhum outro dispositivo senão o que se refere à faculdade de recorrer. Se apesar de ter estabelecido que de todos os atos, resoluções ou decisões das juntas caberá recurso para os tribunais regionais, e de ter criado um recurso específico de expedição de diploma, ainda incluiu os tribunais regionais entre os incumbidos da apuração, é, evidentemente, porque considera o âmbito de ação desses tribunais mais amplo que o de um simples julgador de recursos, limitado como se acha este pelo objeto do pedido e alegações do recorrente.

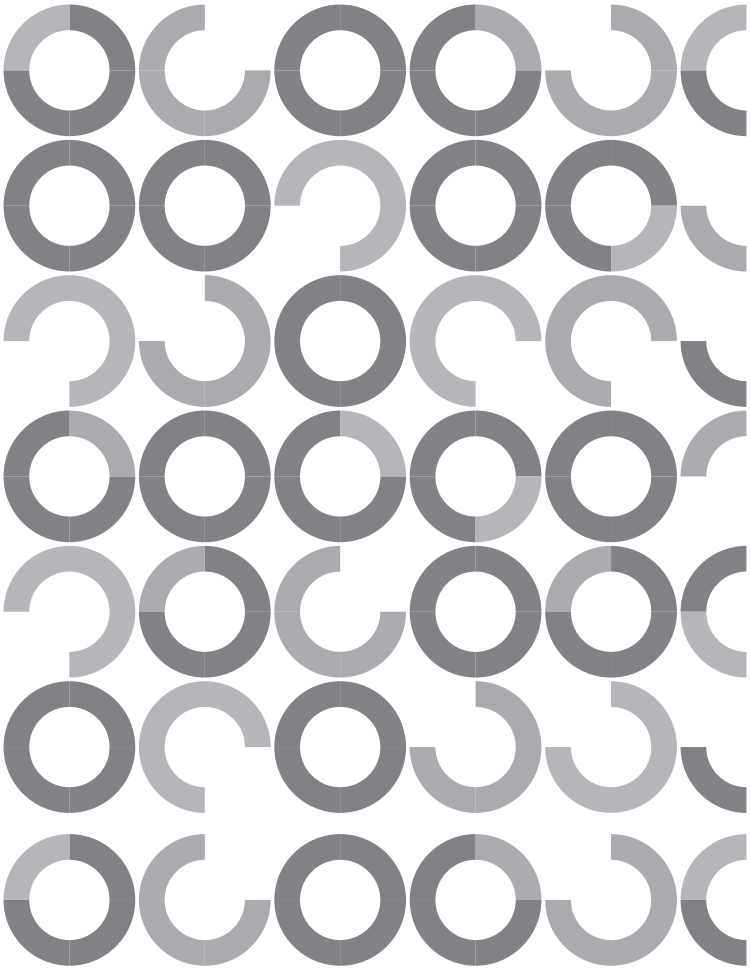
Na apuração das eleições realizadas em 3 de outubro de 1950 na capital federal, o respectivo Tribunal Regional não se manifestou sobre nenhum dos casos em que a votação foi apurada em separado, como declara o relator da comissão apuradora para explicar o fato inédito de não haver sido anulada uma única seção. Nem se diga que os motivos pelos quais as juntas haviam deliberado apurar algumas seções em separado fossem de evidente improcedência. Todos os vícios apontados em numerosas seções constituiriam, se existentes, nulidades taxativamente enumeradas no Código Eleitoral. Não cremos que todas as dúvidas procedessem, mas não se devia prescindir do exame de cada caso para decidir qual a solução mais acertada.

Tomando os tribunais regionais, por expressa disposição de lei, parte na apuração, independentemente de sua ação como tribunais de segunda instância, as irregularidades assinaladas pelas juntas eleitorais não podem ficar na dependência da apresentação de recursos, quando se refiram a nulidades expressamente mencionadas na lei. Em matéria de ordem pública, a conveniência das partes não paralisa a ação da Justiça, porque esta defende imparcialmente o verdadeiro interesse da sociedade. E é tratar muito irreverentemente assunto de tanta relevância ter como desprezadas as nulidades apontadas pela simples aprovação do resultado apurado.

ESTUDOS ELEITORAIS
NO MUNDO

Ingeniería constitucional de la independencia
Genealogía de los desarrollos constitucionales en la construcción de la independencia previa a la Constitución de Cádiz

Edgar Hernán Fuentes Contreras



Ingeniería constitucional de la independencia[1] Genealogía de los desarrollos constitucionales en la construcción de la independencia previa a la Constitución de Cádiz

Constitutional engineering of independence Genealogy of the constitutional contexts in the construction of independence before the Constitution of Cádiz

Edgar Hernán Fuentes Contreras[2]

RESUMEN

El presente texto desarrolla una reconstrucción histórica de dos entornos constitucionales: el de Haití y el de la Nueva Granada, como desarrollos jurídicos previos y originarios respecto a la Constitución de Cádiz de 1812; con lo cual intenta resaltar la importancia de dichos contextos en la formación del constitucionalismo moderno latinoamericano y la conformación de una identidad mestiza derivada de procesos de influencia, originalidad y resistencia a las tradiciones jurídicas norteamericana, francesa y española. Mediante una metodología reconstructiva, basada

[1] Resultado parcial de investigación, dentro del trabajo realizado para la Academia Patriótica Antonio Nariño y como documento de estudio y desarrollo del proyecto de innovación pedagógica "Clínica Jurídica de Derecho Constitucional y Derechos Humanos" de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

[2] Doctor en Derecho, con mención internacional, de la Universidad de Sevilla (España). Abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia). Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista y Máster Oficial en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad de Sevilla (España), respectivamente. Miembro Correspondiente de la Academia Patriótica Antonio Nariño y de la Organizing Committee of International Congress of Law High Studies (CAED-Jus). Actualmente, Director del Área de Derecho Público de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano (Colombia).

en el Estado como proceso cultural, se expondrán los elementos del naciente constitucionalismo hispanoamericano decimonónico.

Palabras claves: Constitucionalismo latinoamericano. Ingeniería constitucional. Independencia latinoamericana. Nueva Granada. Haití.

ABSTRACT

This papper explores a historical reconstruction of two constitutional contexts: Haiti and the New Granada, like previous and original legal texts respect to the Constitution of Cádiz of 1812; with which the text emphasizes the importance of this contexts in the Latin American constitucionalism and conformation of a mestizo identity derived from processes of influence, originality and resistance to the North American, French and Spanish legal traditions. Through a reconstructive methodology, based on the State as a cultural process, the elements of the nascent nineteenth-century Hispano-American constitutionalism will be exhibited.

Keywords: Latin american constitutionalism. Constitutional engineering. Latin american independence. New Granada. Haiti.

1 Introducción

La visión del Estado como una ficción de carácter jurídica ha permitido que se entienda que éste conserva un vínculo entre la experiencia cultural y las formulaciones prescriptivas y valorativas que hace el conglomerado social. De este modo, si entendemos el derecho como producto cultural (FUENTES, 2015) y al Estado como sinónimo de derecho, podremos decir que el Estado no es más que una elaboración contextual dependiente de la psiquis social[3]. De tal modo, tendremos que aceptar que el Estado, tal como lo conocemos, es susceptible a ser explicado desde lo que se ha denominado incidentes traumáticos y las derivaciones que le son atribuibles a dichos incidentes.

Dicha perspectiva es la que se ha empleado en el presente texto, tratando de articular hechos históricos con la *ingeniería constitucional*[4] colombiana de los primeros intentos movimientos independistas; con lo cual, desde una metodología descriptiva y reconstructiva, se plantea el seguimiento de ciertos documentos constitucionales previos a la Constitución de Cádiz de 1812, que siempre ha sido catalogada como un referente sustancial en el contexto latinoamericano.[5]

---

[3] "La fuerza obligatoria del Derecho no existe como tal, es sólo una idea en la mente humana". (VERGARA LACALLE, 2004, p. 255).

[4] "Quisiera empezar con la pregunta: ¿Por qué digo «ingeniería constitucional», en vez de la expresión estándar, que diría «hechura de la constitución»? La razón se debe a que hay significativas diferencias entre mi enfoque y el tradicional. En mi entendimiento las constituciones no organizan simplemente la casa del poder, sino que también son requeridas para la ingeniería del comportamiento, digámoslo así. Es decir, que no concibo a las constituciones, meramente como documentos legales, caracterizados por mandatos y prohibiciones, también y especialmente las concibo como estructuras de incentivos, de recompensas y reprimendas. Siendo como son las reglas del juego, aún tenemos que animar y recompensar a los jugadores que lo hacen bien y penalizar a los jugadores tramposos y al juego tramposo" (SARTORI, 2013). Asimismo, véase: (SARTORI, 2003).

[5] "En términos generales, el constitucionalismo latinoamericano tuvo, en sus albores, primordialmente cuatro influencias externas en la configuración de sus instituciones: la estadounidense; la española liberal proveniente de la Constitución de Cádiz, incluso en Brasil; el pensamiento francés, en forma principal, las ideas de Rousseau,

Para ello, en el desarrollo del artículo se presentarán elementos que certifican que la orientación constitucional en el continente americano resulta más amplia que las obras de Estados Unidos de América, Francia y España. Así las cosas, y bajo dicha hipótesis, se pretende dar realce a los elementos aportados, por ejemplo, por Haití y los propios movimientos independentistas, anteriores a 1812, en el virreinato de Nueva Granada.

De tal modo, en el desarrollo del texto se expondrán aspectos crono-topológicos a través de dos (02) acápites: El primero se encarga de exponer el entorno haitiano y su proceso de independencia y manifestaciones constitucionales, como primeras construcciones que vincularían a los restantes países americanos; para, seguidamente, presentar las modulaciones granadinas consignadas en el texto constitucional de Cundinamarca de 1811, que servirán como referente para la instauración de la forma de gobierno presidencialista. Finalmente, y terminados dichos acápites, se desarrollarán las respectivas conclusiones.

2 Haití como origen de la tendencia constitucional latinoamericana: de revolución a imperio

El primer intento constitucional en América, distinto al forjado en Estados Unidos, se circunscribe, sin duda, en la antigua isla "La Española". El 08 de julio de 1801 se dictaría la primera Constitución haitiana, en dónde Saint-Domingue se auto reconoció como colonia del Imperio Francés, pero con un gobierno que gozaría de autonomía (art. 1). Dicha disposición constitucional sería el reflejo del movimiento antiesclavista que se venía viviendo en la isla y, asimismo, del final de la guerra franco-española por la isla y la cesión de España de sus territorios. Justamente, en ella, la Constitución, se apreciaba la separación total

Montesquieu y Sièyes, y la de las códigos fundamentales de 1791, 1793 y 1795; e indirectamente la inglesa en las obras de Locke, Blackstone y otros; en algunos documentos latinoamericanos de la época se afirma que los constituyentes tuvieron como guía la Constitución inglesa" (CARPIZO, 2009, p. 15).

con el reino de España, lo cual, en el fondo, había sido una herencia, también, de la decisión, en 1606, del rey Felipe III y el reconocimiento oficial que se había logrado como colonia francesa, en 1665, por Luis XIV.[6]

Toussaint Louverture, quién había emprendido una campaña militar para unificar la isla, hacer aplicable el Tratado de Basilea y conseguir la independencia española,

> mandó a redactar una Constitución republicana, que decretara la abolición de la esclavitud, extendiera la condición de ciudadano a todos los habitantes de la Colonia, cualquiera sea el color de su epidermis, y estableciera normas para regular la vida y la producción (ARPINI, 2009).

Esta Constitución, a pesar de la señalización colonial, tuvo la idea de conformar un gobierno autónomo que estaría dirigido por un Gobernador y una Asamblea. Ésta última estaría compuesta por dos (02) diputados por cada departamento, que para ser elegibles deben tener no menos de 30 años de edad y haber residido un mínimo de cinco (05) años en la colonia (art. 22). Por su lado, el Gobernador, nombrado por la propia Constitución (art. 27), sería Toussaint Louverture y tendría un carácter vitalicio y con la posibilidad de elegir su sucesor (arts. 30-31). En ese sentido,

> La constitución de Toussaint Louverture abarca absolutamente todos los elementos del gobierno de la isla. Institucionalmente las instancias de poder están conformadas por un gobernador (Toussaint), que propone las leyes a adoptar ante una asamblea de "habitantes" (los propietarios residentes), la cual se reúne en fechas fijas designadas. La administración de la Colonia responde a las exigencias económico-militares. Son instituidos seis departamentos, que cubren toda la isla, que a su vez están divididos en parroquias y distritos. Todas las divisiones territoriales están bajo mando militar y subordinadas a la disciplina del ejército en los más precisos detalles. El Estado (el gobernador, en verdad) rige todos los asuntos financieros del territorio: presupuesto, impuestos, aduanas, formas de pago (MANIGAT, 2009, p. 307).

[6] No impidiendo, de cualquier manera, que la parte española de la isla, hoy conformada por Haití y República Dominicana, se observará como provincia integral de España y con representación en las Cortes de Cádiz, tal como lo terminó señalando la Constitución de 1812 (art. 10).

Sin embargo, y pese a dicha conformación, los desarrollos propuestos por esta Constitución republicana y católica[7] no fueron realmente extensos y su aplicación se vio cortada por el rechazo que sufrió el texto por parte de Napoleón; quién, además, envío, desde Francia, una expedición militar con la finalidad de reconquistar el territorio. Dicha expedición llegaría a la isla, en febrero de 1802, con más de 22.000 soldados y bajo la dirección del General Charles-Victoire-Emmanuel Leclerc, esposo de Marie-Pauline Bonaparte, hermana de Napoleón I. Finalmente, la expedición lograría restablecer el dominio francés, el 7 de junio de 1802, cuando se captura a Toussaint Louverture, quién había dirigido las fuerzas revolucionarias conformadas por un aproximado de 10.000 personas. Louverture sería deportado a Francia, donde muere el 7 de abril de 1803.

No obstante, a su corta duración y a sus contradicciones notorias[8], este primer intento constitucional manifestaba aspectos que podían hacer evidente su inspiración en la Revolución Francesa de 1789 y los primeros documentos constitucionales de este país: De ahí que se haga presente la separación de poderes y la consagración de libertades

[7] "[…] en oposición a la práctica del vudú, sólo aceptaba la religión católica, apostólica y romana. Preservaba el matrimonio, como institución civil y religiosa, y prohibía el divorcio. Protegía los derechos de los niños. Garantizaba la libertad individual y la seguridad, así como la inviolabilidad de la propiedad". (ARPINI, 2009).

[8] "Por una parte, mantiene el estatus colonial y, al mismo tiempo, promueve una organización autónoma de Saint Domingue, *de hecho* independiente del gobierno francés. Por otra parte, es una constitución republicana, pero legitima una concepción autoritaria del gobierno al otorgar prerrogativas que dan centralidad a la figura del gobernador, en la persona de Toussaint Louverture. En su caso el cargo es vitalicio y con derecho a designar sucesor, él es quien propone las leyes y ejerce una función paternal de velar por el cumplimiento armónico de las obligaciones entre propietarios y trabajadores, y de proteger el derecho de los niños. El esquema paternalista se extiende a la organización de la producción, considerando a la plantación como hogar de una familia de agricultores y trabajadores, reunidos en torno a un padre, el propietario. Además, la Constitución contiene disposiciones que facilitan la militarización de la población. Estas y otras contradicciones podrían explicarse por razones contextuales, pues en efecto, la primera constitución de América Latina surgió envuelta en violentas contradicciones" (ARPINI, 2009).

y autonomías. Por ende, dicho documento sería el que abrió las puertas para la revolución del año de 1804 y la posterior Constitución imperial de 1805.

Ciertamente, con la muerte del General Leclerc por fiebre amarilla en 1802, el ascenso del general francés Donatien-Marie-Joseph de Vimeur Rochambeau y la radicalización del movimiento independentista, el cual se mantenía con las ideas de 1801, se logró que el descontento que guiaría las intenciones del pueblo haitiano, especialmente los esclavos, bajo las órdenes del general rebelde Jean-Jacques Dessalines.

Para el 29 de noviembre de 1803, Saint-Domingue declaró como Estado independiente y el 1 de enero de 1804 si hizo la proclamación oficial bajo el nombre de Imperio de Haití, que según historiadores españoles como Gonzalo Fernández de Oviedo, Bartolomé de las Casas y Pedro Mártir de Anglería fue uno de los nombres originarios de La Española. En este sentido,

> Segunda independencia y primera revolución del continente, la revolución haitiana de independencia es en verdad el desenlace de la experiencia louverturiana del poder. El Estado-nación proclamado el 1º de enero de 1804 hereda no sólo el régimen militarista y la estructura agraria de Toussaint, sino también sus principales contradicciones en términos de cohesión y definición de un proyecto nacional. A lo largo del periodo, un hilo unificador, la libertad general, constituye también el gran aporte del proceso haitiano no sólo en el continente y en la época, sino verdaderamente a la definición y el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales (MANIGAT, 209 p. 310).

El ahora gobernador general de Haití, es decir, Jean-Jacques Dessalines, se establecía como Emperador, bajo el nombre de Jacques I, el 22 de septiembre de 1804 y el 6 de octubre sería coronado como tal. Este contexto provocó la necesidad de instituir una nueva Constitución, la cual llegaría el 20 de mayo de 1805 y sería conocida como la Constitución imperial.

El nuevo texto normativo se encargará, en primera instancia, de abolir la esclavitud (art. 2), de establecer el principio de igualdad ante la ley (art. 4) y el de irretroactividad (art. 5), y, al igual que lo plantea los textos constitucionales de Francia de 1791, 1793 y 1795, hablará de la indivisibilidad del Estado[9]. Adicionalmente, empleará el término Emperador para designar al máximo dirigente, como lo hará en su momento la Constitución francesa de 1804, y se le otorgará dicha calidad a Jacques Dessalines (art. 20), solo que a diferencia de Francia no será hereditario este título sino electivo (art. 22). Resulta, igualmente llamativo, la creación del órgano llamado Consejo de Estado (art. 38), término que había sido empleado en Francia en el texto constitucional de 1799 para un órgano de carácter eminentemente consultivo y que, por ejemplo, en el caso de Colombia solo aparecerá hasta el año 1817, cuando fue creado por Simón Bolívar[10].

Empero, la Constitución Imperial tendría un destino equivalente a su antecesora, debido a que sería derogada en el 1806, tras el asesinato del Emperador Jacques I, el 17 de octubre de 1806.[11] Este asesinato fue perpetrado por los colaboradores de su gobierno Alexandre Pétion y Henri

[9] Puntualmente, el art. 15 de la Constitución de Haití de 1805, dirá: "El Imperio de Haití es único e indivisible, su territorio está distribuido en seis divisiones militares". Por su parte, los textos franceses mantienen contienen la misma redacción, pero refiriéndose a Reino (1791, art. 1), República (1793 y 1795, art. 1).

[10] Dicho órgano, es decir, el Consejo de Estado también aparecerá en la Constitución de Bayona del 6 de julio de 1808. Ver el título VIII, entre otros artículos.

[11] "[Fue] una Revolución que duró sólo dos años. Pues luego de que el fundador de la patria, Jean-Jacques Dessalines, hiciera promulgar una Ley de Reforma Agraria con características revolucionarias, los sectores acomodados desde la época colonial que lo habían acompañado durante la lucha por la Independencia montaron un golpe. Asesinaron a Dessalines el 17 de octubre de 1806, y luego hicieron lo mismo con sus principales lugartenientes. La contrarrevolución triunfó y se consolidó con la llegada al poder de un representante del sector intermedio de la época colonial: Jean-Pierre Boyer. Este nefasto personaje fue quien aceptó pagar a Carlos X una indemnización de 150 millones de francos-oro para obtener de Francia el reconocimiento de la Independencia de Haití. Fue la primera deuda externa de un país latinoamericano, cuyo pago durante décadas contribuyó al atraso del país". (BOISROLIN, 2006-2009).

Christophe, quiénes escindieron el país en República y Estado de Haití – luego Reino de Haití –, respectivamente.

Con todo, estos documentos se convertirían en los pilares para las obras constitucionales posteriores que surgieron en la isla: Por un lado, la Constitución Republicana de 1806, adoptada por Pétion, y, por el otro, el Acto Constitucional de 1807, dirigido por Christophe, que después se convertiría en la Constitución Real de 1811.[12]

En este entorno, se hace oportuno resaltar que la revolución haitiana tiene una característica fundamental que la distancia, en muchos aspectos, a otras revoluciones o procesos independistas. Tal como pudo haberse notado, la revolución haitiana no fue una revolución burguesa, como pasó en Francia o en Estados Unidos de América, ni tampoco direccionada por clases favorecidas en el contexto de los virreinatos[13]. Por lo anterior, si bien logró influenciar los contextos independentistas, en diversos momentos, lo hizo más como prevención que como inspiración. Ciertamente,

> Venezuela y Nueva Granada, al igual que el resto del Gran Caribe, sufrieron el impacto del maremoto que produjo la revolución haitiana. Tempranamente las autoridades y las elites sintieron pánico ante dicho acontecimiento e impusieron un "cordón sanitario" con la intención de evitar el contagio revolucionario en aquellas colonias. Sin embargo, todo resultó en vano. La participación de Venezuela en la guerra Franco-Española en Saint Domingue (1793-1795) y la posterior alianza entre ambas potencias fueron

[12] Haití ha tenido una serie de documentos constitucionales posteriores pasando por el texto de 1816, el de 1950, el de 1964, hasta llegar su Constitución actual del 10 de marzo de 1987, que, con todo, ha sido suspendida por varios golpes de Estado y se restauró en 1991 y reformó en aspectos sustanciales en el año 2012.

[13] El reflejo de las disputas de las revoluciones puede ser recogido en las discusiones generadas, por ejemplo, en Francia entre jacobinos y girondinos y en la propia revolución de Estados Unidos "entre los verdaderos demócratas como Franklin y Jefferson, que deseaban con sinceridad una república igualitaria, y los seudodemócratas que se propusieron construís una república exclusiva para blancos, anglosajones y protestantes, que al fin se impusieron y que tenían como normas supremas de conducta y de acción doctrinas de Calvino". (SANTOS, 1999, p. 318). Ahora bien, en el caso colombiano, se ha tildado que las elites criollas se inclinaron, en su mayoría, a las versiones calvinistas y neoliberales, lo que ocasionaría que no se hiciera un reemplazo total del régimen colonial, sino que se mantuvieran ciertos privilegios para los criollos.

> generando una intensa circulación de personas (prisioneros republicanos, esclavos, corsarios, inmigrantes, etc.), de noticias y de ideas desde la isla hacia la Tierra Firme Hispana, que influyeron en los sectores populares y en algunos pocos criollos republicanos. Particularmente en Venezuela, bajo el signo ideológico de Haití y de las revoluciones franco-antillanas se dieron la rebelión de Coro de 1795, la conspiración de la Guaira de 1797 y la conjura de Maracaibo de 1799. Nueva Granada se mantuvo más aislada y corrió mejor suerte. Aún así, en 1799, se dio un intento de rebelión protagonizado por esclavos franceses en coalición con negros locales (Helg, 2004:109). Además de estas conjuras, existieron un sin fin de pequeños actos de resistencia que muestran que, para los sectores populares y afrodescendientes de Venezuela y Nueva Granada, la revolución de Saint Domingue era una esperanza y un ejemplo a emular (MARTÍNEZ, 2016).

En esa perspectiva, el hecho de que algunos sectores no estuvieran satisfechos con el dominio español, ello no implico que se quisiera una revolución o independencia desde todos los sectores sociales:

> Es decir, no todos los grupos aceptaron dicho movimiento. Por un lado, encontramos oposiciones dentro de las colonias hispanoamericanas. En México, aparecieron voces que se alzaron contra este acontecimiento por parte de la elite criolla conservadora. Por ejemplo, hay quienes que pidieron la unión de los blancos frente a los negros y otras castas. Para el periodista y editor, Juan López Canela, la revolución de los esclavos de Saint Domingue constituye una lección importante para la elite española y criolla de Nueva España. Algunos evocan el espectro de la destrucción y la violencia como futuro inexorable para la Nueva España, en caso que prosiga la anarquía desatada por Hidalgo entre indios y castas (Grafenstein, J. 1994, 79). Hay otros que aceptan y reconocen el carácter positivo de esta revolución (MEZILAS, 2009, p. 37).

De cualquier modo, diversos acaecimientos acercaron el proceso haitiano al resto de América. Ejemplo de ello fueron las conexiones que sostuvieron personajes como venezolano Francisco de Miranda, en su expedición de 1805[14], y el mandatario haitiano Jean Jacques Dessalines y el general del mismo país Alexandre Petión; al igual que aquella que sostuvo el propio Simón Bolívar con Alexandre Petión, quien

[14] En dicha expedición, que tenía dirección fundamentalmente Estados Unidos, Francisco Miranda se entrevistó con Thomas Jefferson, quién era presidente, James Madison, secretario de Estado, William Smith, inspector del puerto de Nueva York, Samuel Ogden y Thomas Lewis, quiénes se relacionaban con Haití, al punto que el último era amigo de Alejandro Petión.

ya había ofrecido a Miranda la "Espada Libertadora" de Haití para el movimiento granadino. Éstas son solo el reflejo de la interrelación y forma de expansión de los ideales y accionar de Haití, con sus respectivas producciones normativas.

3 La Nueva Granada: independencia inicial

Dentro de la historia de lo que fue el Virreinato de la Nueva Granada será necesario resaltar dos (02) obras constitucionales iniciales y anteriores a 1812. Dichas obras serían, por un lado, el Acta de la Constitución del Estado libre e independiente del Socorro[15] del 5 agosto de 1810, y, por el otro, la Constitución Monárquica de Cundinamarca de 1811.[16] Justamente,

[15] Existe una disputa sobre el reconocimiento de esta acta como Constitución o no: para la doctrina mayoritaria es un acto preconstitucional, en estricto sentido, y, por tanto, "el constitucionalismo colombiano nace a partir de las primeras constituciones comarcanas o provinciales. Es así como, según esta visión, la primera Constitución sería la de Cundinamarca de 1811, puesto que como aglutinó a las provincias centrales del territorio colombiano actual, sería esta la primera de ellas y de ahí partiría el constitucionalismo patrio. Sin embargo, el profesor Iván Vila Casado, siguiendo al historiador Horacio Rodríguez Plata y al jurista Diego Uribe Vargas, sostiene que el Acta constitucional del Socorro "… contiene los elementos propios de una constitución moderna, lo que la convierte en la primera constitución escrita de la Nueva Granada y de todo el continente iberoamericano…"" (RODRÍGUEZ, 2011).

[16] "De una parte, la Revolución de los Comuneros llevada a cabo en 1781 al grito de *Viva el Rey y muera el mal gobierno*, supuso un primer cuestionamiento serio al ejercicio de la autoridad política. Por otra parte, la Expedición Botánica iniciada en 1783 le había demostrado a la joven intelectualidad neogranadina que la mayoría de los fenómenos (sociales, naturales y políticos), más allá de explicaciones metafísicas y presupuestas, era posible comprenderlos a partir del razonamiento científico, producto del pensamiento racional. Finalmente, otro mojón importante fue la traducción que Antonio Nariño hizo en 1793 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Todos ellos en su conjunto, entre otros, pueden ser considerados el agregado de hechos que fue preparando el ingreso del ideario liberal en la Nueva Granada y que fue abonando el terreno para que entre 1810 y 1820 se llevara a cabo la revolución que le permitió a este Virreinato independizarse de España e ingresar al grupo de países que dejaban de lado la tiranía y comenzaban a gobernarse a través de una Constitución, de la misma forma que lo estaban haciendo en esa misma época la mayoría de los países de América Latina" (ZULUAGA, 2014, p. 105-106).

> En 1810 Cartagena empezó a agitarse, desde el 22 de mayo, exigiendo la independencia del pueblo para gobernar como soberano. A este levantamiento le siguieron Pamplona, el 4 de julio, Socorro, el 10 de julio y Santafé, el 20 de julio. Vencido el virrey Amar, se instaló la Junta de Santafé el 21 de julio de 1810, cuyo presidente fue Miguel Pey hasta el 25 de julio, cuando el pueblo le hizo huir hacia Cartagena, de donde siguió a España (ALARCÓN, 2013, p. 55).

El Acta de 1810, distante no solo temporalmente a las Capitulaciones de Zipaquirá de 1791, consagra un modelo federal, republicano y democrático (Preámbulo, Cánones 7, 8, 11, 14 y Epílogo) que reconocía derechos (Preámbulo, cánones 2, 8, 14) y profesaba el catolicismo (cánones 1, 3); al mismo tiempo, reconoció a los "indios" como parte de la sociedad y con igualdad de condiciones y derechos (Epílogo), salvo en lo referido al derecho de representación, hasta que obtuvieran "*las luces necesarias para hacerlo personalmente*" (Epílogo).

Asimismo, dicho texto, de cierta forma, mantiene la autoridad de Fernando VII, pero bajo la comprensión de su imposibilidad de ejercerla debido a las abdicaciones de Bayona del 5 de mayo de 1808, en las cuales Carlos V y Fernando VII renunciaron al trono a favor de Napoleón Bonaparte, quién cedería sus derechos a su hermano José Bonaparte, José I, el 6 de junio de 1808. La forma de redacción empleada demostraría el conocimiento que tenía las colonias de la situación del Reino de España y fomentó, ciertamente, los movimientos que se desplegaron en dicho año, que tuvieron su origen en lo que fue conocido como el Grito de Independencia del 20 de julio de 1810[17]. Dicho evento dio pasó,

[17] "[L]a mal llamada Acta de Independencia de julio 20 de 1810, documento que resulta muy problemático al momento de considerarlo como el acto fundacional de la República. Veamos por qué: • Ese escrito no proclamaba la independencia del Virreinato de la Nueva Granada respecto del dominio español. Por el contrario, en esa Acta son muy evidentes las muestras de adhesión al Rey de España. El documento carece de una manifestación independentista suficientemente expresa, como si la tienen otros escritos similares emitidos por ciudades como Cartagena (1811), Tunja (1812), y Antioquia (1813), solo por citar algunas. • Ese documento no tenía alcance nacional, pues se trata de un acto jurídico emanado por el Cabildo de la ciudad de

igualmente, a la conformación de la Junta de Santafé que, el 29 de julio de 1810, citó a las que serían, en 1811, las Provincias Unidas de la Nueva Granada (Antioquia, Cartagena, Casanare, Pamplona, Popayán y Tunja)[18], para crear un gobierno provisorio. No obstante, nunca se obtuvo la participación suficiente, demostrando una intención de autogobierno de las provincias más que formar un Estado Federal, en estricto sentido:

> Solo hasta el 22 de diciembre de 1810 Santafé logró la reunión con diputados enviados de Mariquita, Neiva, Socorro, Pamplona y Nóvita. Es notable la inasistencia de Cartagena y Antioquia, que se negaban a otorgar su poder a Santafé (ALARCÓN, 2013, p. 56).

A partir de ello, la Junta de Santafé decidió avalar la petición del Cabildo y el 20 de enero de 1811 aprobó un reglamento para la conformación del Colegio Constituyente, el cual se encargaría de darle una Constitución a Cundinamarca:

> El 25 de enero, la Junta santafereña, deseando que el pueblo entrara en "la plenitud de sus derechos naturales e imprescriptibles", entre los cuales incluían el de "dictar la Constitución o reglas fundamentales que deben jurar y observar los funcionarios públicos, para que jamás se abuse de esa autoridad contra el mismo pueblo de quien dimana", formó la comisión encargada de la redacción del proyecto de constitución. Un proyecto fue redactado por Jorge Tadeo Lozano, Miguel Tovar y Luis Eduardo de Azuola, y el otro por José María del Castillo. Antes del comienzo de las sesiones del Colegio Constituyente y Electoral de la Provincia de Cundinamarca, los proyectos fueron sometidos al estudio de una comisión integrada por Fernando Caicedo, José de San Andrés Moya y Domingo Camacho (VANEGAS, 2011, p. 261).

El Colegio Constituyente se instaló el 27 de febrero de 1811, con 42 vocales, 10 menos de los previstos, en representación de Santafé y de las provincias, bajo la idea, juramentada, de defender el catolicismo

Santa Fe (lo que hoy equivaldría a un acuerdo del Concejo de Bogotá) y por ende no reflejaba la voluntad de la representación nacional". (ZULUAGA, 2014, p. 108).

[18] Dichas provincias conformaban lo que fue el Virreinato de la Nueva Granada y, antes, el Nuevo Reino de Granada. En dichas organizaciones no se incluían la Capitanía General de Venezuela, ni la Presidencia de Quito (que tenía su propio gobierno en ese período) ni tampoco la Real Audiencia de Panamá, fiel a la corona española.

y sus dogmas, preservar la independencia y el reconocimiento del Rey Fernando VII:

> En esa sesión inaugural escogieron también los dignatarios, resultando elegido el hacendado y miembro de la Expedición Botánica, Jorge Tadeo Lozano, como Presidente de la corporación, mientras que el abogado payanés Camilo Torres fue escogido como Secretario (VANEGAS, 2011, p. 262).

De manera efectiva, la deliberación iniciaría solo hasta el 06 de marzo y sostuvieron un carácter público; dándose por terminadas el 02 de abril, solo restando una reunión para temas relativos de la impresión, publicación y difusión de la Constitución, la cual se celebró el 24 de dicho mes. Finalmente, la Constitución fue reconocida con fecha del 4 de abril de 1811, conforme al Decreto de promulgación dado por el Poder Ejecutivo de Santafé.

La Constitución de Cundinamarca de 1811 tuvo como fundamento el proyecto redactado, especialmente, por Azuola y Lozano:

> De los dos redactores del texto, Azuola era el jurista; Lozano, en sus mocedades había visitado a Francia, y sin duda, trajo incorporados en su bagaje intelectual los principios de la Constitución girondina, de la que se encuentran rastros en el proyecto aprobado (TASCÓN, 2005, p. 58).

José Miguel Pey, quién había dirigido la Junta de Gobierno de la Nueva Granada desde el 25 de julio de 1810, sería reemplazado por el primer presidente erigido con la Constitución Monárquica de 1811, a parir del 1 de abril de ese año, que fue Jorge Tadeo Lozano, que como se ha visto, participó activamente en este primer desarrollo constitucional:

> La Constitución era un extenso texto de 342 artículos, los cuales estipulaban no solamente los principios rectores de la comunidad política que se pretendía instituir, sino que también reglamentaban de manera minuciosa las elecciones y acordaban un vario conjunto de disposiciones relativas a la instrucción y el tesoro públicos. La estructura de gobierno acordada consistía en los tres poderes clásicos. Un Poder Ejecutivo encabezado por el rey, y en su ausencia por un Presidente, que lo era a su vez del conjunto de los poderes, reunidos en lo que llamaron la Representación Nacional. Un Poder Legislativo unicameral, cuya mitad sería renovada cada año. Y un Poder Judicial constituido por los jueces y diversos tribunales. Dentro de este último fue creado un tribunal que parece más bien un cuarto poder:

> el Senado, cuya función principal sería velar porque ninguno de los poderes transgrediera la Constitución o usurpara las atribuciones de los demás. La Constitución contenía también una declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, así como otra de los deberes de este. Y acordaba que para modificarla debían dejarse transcurrir cuatro años desde su promulgación, pero sus bases fundamentales no podrían ser modificadas y lo demás sólo podría ser cambiado parcialmente (VANEGAS, 2011, p. 263-264).

Ahora bien, la permanencia, por lo menos en el papel, del poder del Rey Fernando VII se derivaba, en esencia, de la convicción de su imposibilidad de ejercerlo y, asimismo, para complacer la lealtad de las masas populares a la monarquía española. Por ende, la referencia constitucional se mostraba como una transición razonable e incluyente, debido a que, con cierta regularidad, se observaban a los independentistas como ajenos a la religión, de allí que una estrategia viable de alejar dicha percepción fue tanto el señalamiento de la permanencia del rey (arts. 2, 4 y 6 del Título I) como la intención constante de autoafirmar al catolicismo (art. 3 del Título I y Título II).

A pesar de que, en muchos casos, se ha reducido la figura presidencial construida en este texto por causa del reconocimiento monárquico, lo cierto es que contiene aspectos y atributos que serán conservados de manera posterior en esta forma de gobierno. Justamente, la Constitución de 1811 consagraran aspectos tales como:

- Un gobierno dirigido por el Presidente de la Representación Nacional, y que contaba, además, con un Senado de Censura y asociado de dos (2) Consejeros con votos consultivos y no deliberativos (art. 6 del Título I, art. 1 Título IV, arts. 3, 4 del Título V), debido a que el Rey no podría ejercerlo.
- Se consagran las objeciones presidenciales a las leyes, es decir, la objeción inconveniente y la oposición por inconstitucional (arts. 21- 30 Título V).
- Se le otorga al Presidente la posibilidad de presentar proyectos de ley (art. 31 Título V) y también podrá convocar a sesiones extraordinarias al Poder Legislativo (art. 32 Título V).

– El Presidente puede controlar al Poder Judicial sin entrometerse en su ejercicio y funciones, pero notificando, en caso de infracción notoria, al Senado para reformas (art. 33 Título V).
– Se permite que el Ejecutivo puede conceder indultos generales, siguiendo las prácticas que se había adelantado hasta la fecha (art. 35 Título V).
– Para ser Presidente se requiere (art. 36 Título V):
– Condiciones señaladas en el art. 14 del Título IV[19];
  • Tener 35 años cumplidos;
  • Contar con competente instrucción en materias de gobierno de la República;
  • Ser vecino de la provincia por más de 10 años; y
  • Tener un manejo, renta o provento equivalente, a lo menos, al capital de cuatro mil pesos.
– El período presidencial será por tres (03) años (art. 37 Título V) y no podrá ser reelegido sino han pasado un mínimo de tres (03) años (art. 38 Título V); tampoco podrá ejercer cargo, terminado su período, en la Representación Nacional.
– La forma de elección se basará en la idea de los colegios electorales (Título VIII).

Los elementos consagrados en la Constitución son similares, y en algunos momentos casi idénticos, con los de la Constitución de Estados Unidos de América de 1787, en su art. 2; salvo, por ejemplo, en el tiempo

[19] El artículo señala que se requiere: ser hombre dueño de su libertad, que no tenga actualmente empeñada su persona por precio, no sea demente, sordomudo, ni baldados o lisiados o que se le dificulte gravemente el ejercicio de las funciones propias de la Representación Nacional. Asimismo, se dispone que no se admiten persona que se les haya dictado decreto de prisión en causa criminal; ni los fallidos, ya sean culpables o ya inculpables (si no es que estos últimos hayan salido del estado de insolvencia), ni los deudores ejecutados del Tesoro Público, ni los transeúntes, ni los vagos, ni los que hayan sufrido pena infamatoria, ni los que vivan a expensas de otro en calidad de sirvientes domésticos, ni los que carezcan de casa abierta, ni los que hayan dado muestras positivas de ser opuestos a la libertad americana y consiguiente transformación del Gobierno.

del mandato (4 años), que no contaba con los consejeros y el tiempo de residencia (14 años).

La compatibilidad con la obra norteamericana tiene fundamento, entre otras razones y como se ha expuesto, debido a la influencia que tuvieron los independentistas mediante sus viajes y traducciones. Efectivamente, para el año 1810, ya se contaba, en Venezuela, con la primera traducción de la Constitución de los Estados Unidos de América, efectuada por Joseph Manuel Villavicencio. Dicha traducción circuló por el continente de habla hispana, incluso, pese a su prohibición como la de otras publicaciones[20].

Con todo, la duración de la Constitución como la del Presidente Jorge Tadeo Lozano, fue poca. Éste último solo permaneció en el poder hasta el 19 de septiembre de 1811, cuando fue reemplazado por Antonio Nariño[21], quién optaba, originalmente, por un gobierno centralista y

[20] "La edición de la Constitución de Norteamérica hecha por Villavicencio contiene el articula sancionado el 17 de diciembre de 1787. Seguidamente se trascribe el acta de la reunión del congreso de los EE.UU. celebrada en Nueva York el 4 de marzo de 1789. En esta acta se enumera las enmiendas y correcciones propuestas a la constitución". (VIRTUOSO, 2001, p. 52). Véase, asimismo: (BREWER-CARÍAS, 2013).

[21] Si bien dentro del proceso judicial, iniciado el 29 de agosto de 1794, que se le siguió a Antonio Nariño no se pudo incorporar ninguna traducción de los "Derechos del hombre y el ciudadano", sería el propio Nariño, por medio de su testimonio, y el de Diego Espinosa de los Monteros, el impresor que utilizó la Imprenta Patriótica, los que permitieron la condena. Nariño señaló que la traducción se hico a partir del tercer tomo de la *Histoire de la Révolution de 1789, et de l'Etablissement d'une Constitution en France*, publicado en 1790 en París por la editorial Clavelin; dicho libro tenía prohibida su circulación y provenía, en este caso, de la biblioteca del Virrey José de Ezpeleta y Galdeano. Por estos hechos, se condenaron tanto a Nariño como a Espinosa, por parte de la Real Audiencia de Santafé, el 28 de noviembre de 1795. Nariño fue condenado por la traducción de 1793 a 30 años de prisión y fue enviado a Cádiz, de dónde se escaparía para transitar por diversos países y llevando las ideas independentistas y formándose en ellas hasta el año de 1797 cuando vuelve a la Nueva Granada, donde se entregó para ser retenido nuevamente hasta 1810. Adicionalmente, debe señalarse que: "Antonio Nariño, en la indagatoria que rindió ante las autoridades, admitió haber poseído un libro que contenía diversos documentos estadounidenses: Recueil des Lois constitutives des colonies angloises, confédérées sous la dénomination d'Etats Unis de l'Amérique septentrionale. Nariño fue acusado de conspirar o urdir un levantamiento inspirado en "las Constituciones

fuerte que consolidará la seguridad y estabilidad del naciente Estado y, por ello, terminaba oponiéndose a las ideas de Camilo Torres Tenorio, que incluso fue oposición desde los inicios independentistas de 1810:

> […] el enfrentamiento [era] irreconciliable entre dos visiones opuestas de querer de la patria: la visión [de Camilo Torres] de los criollos de la élite, que se miraban a sí mismos como la patria; y la visión de los criollos chisperos [que compartía Antonio Nariño], que no concebía la Patria sino como el conjunto amable de todos y de cada uno de los seres que la habitaban (SANTOS, 1999, p. 326).

De allí nacerían dos (02) partidos: el partido federalista, secundado por Camilo Torres, quien logró, como se ha visto, incluir parte de sus ideas en la Constitución de 1811, y, por otro lado, el partido de oposición dirigido por Antonio Nariño y favorecido

> por el hábil organizador de masas, José María Carbonell, por su tío Manuel de Bernardo Álvarez, por Luis Caicedo, José María Lozano, Manuel del Socorro Rodríguez y otros partidarios de la independencia absoluta (SANTOS, 1999, pp. 329-330).

La forma de presión y difusión de las ideas de este segundo partido, y del propio Nariño, se concentraron en la creación del periódico "La Bagatela", que tuvo su primera circulación el 14 de julio de 1811. Mediante el periódico, por ejemplo, se celebró la Independencia de Caracas, que fue proclamada el 5 de julio de 1811, en la edición del

---

de Filadelfia" con el fin de establecer aquellos "sistemas republicanos", inculpación hecha bajo el supuesto de que reprobaba la forma de gobierno monárquica y de que él intentaría adoptar "el sistema republicano con arreglo a leyes de los Estados Unidos de América". El santafereño negó haber profesado aquellas ideas que él mismo calificó de "subversivas del buen orden", aunque en su defensa transcribió un par de menciones elogiosas de la república angloamericana aparecidas en el Espíritu de los mejores diarios, periódico difundido en el Nuevo Reino y que publicó algunas notas sobre los eventos estadounidenses (Hernández, 1980: 278-281, 306; AGI, Estado 56A). Pero entre los libros incautados a Nariño no había prácticamente ninguno en inglés, ni que estuviera dedicado enteramente a la revolución de las 13 colonias, y solo un par de ellos, en ediciones francesas, reproducían textos constitucionales estadounidenses: el ya mencionado Recueil des Lois constitutives y el Abrégé de la Révolution de l'Amérique angloise (Anónimo, 1778; Dubuisson, 1778)". (VANEGAS, 2016, p. 98).

25 de agosto. Esta edición se encargó, fundamentalmente, a mostrar la posibilidad de una independencia plena y la virtud de la misma.

Con todo, debe recordarse que

> Es una creencia común la de que con *La bagatela* Antonio Nariño se había propuesto tumbar al presidente Jorge Tadeo Lozano. Nada menos exacto, pues lo que Nariño hizo fue sostener el gobierno de Lozano contra la intriga solapada del doctor Torres que trataba de sustituirlo por un presidente incondicional a sus dictados. Así podemos deducirlo de una lectura atenta de *La Bagatela,* cuyos artículos defienden, con razonamientos inteligentes, la mayoría de las medidas adoptadas por el gobierno de Lozano, quien, presionado por el Congreso, o lo que es lo mismo, por el doctor Torres, renuncia en tres oportunidades y en tres oportunidades Nariño y su partido lo reafirman en el mando. La cuarta renuncia de Jorge Tadeo Lozano era impostergable. El pueblo quería en la Presidencia al propio Nariño, lo consideraba el hombre con la decisión y la energía que Lozano le faltaba para *salvar la Patria* (SANTOS, 1999, p. 349).

Este marco, y pese al nombramiento de Nariño, los opositores, Camilo Torres y Joaquín Camacho, hicieron aprobar una ley movía a la ciudad de Ibagué al Congreso, con la idea de alejarlo de la influencia de Nariño. Ello ocasionaría, finalmente, el Acta de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, firmada el 27 de noviembre de 1811, como uno de los primeros intentos de establecer un ordenamiento político cercano a la federación, pero que no fue firmado por Cundinamarca. Conjuntamente, en ese momento, fue escogida la ciudad de Tunja como sede del Gobierno Federal; mientras que San Gil, por su lado, solicitaba la unión a la Provincia de Cundinamarca.

Esta separación consiguió abrir espacios para documentos republicanos como la Constitución de Tunja, elaborada por las sesiones continuas desde el 21 de noviembre hasta el 9 de diciembre de 1811, la Constitución de Antioquia de marzo 21 de 1812, la Constitución de Cundinamarca del 17 de abril de 1812 y la Constitución de Cartagena de Indias el 14 de junio de 1812, derivada de la independencia firmada y proclamada el 11 de noviembre de 1811.

Si bien las creaciones citadas, en muchos ámbitos, seguirán a la obra constitucional de 1811 de Cundinamarca, necesitaron consagrar un espacio que compaginara el deseo de innovación, en esencia respecto a la monarquía, y la intención de mantener la tradición, conservando la religión como elemento esencial del Estado y de la conformación del contrato social.[22]

De cualquier modo, dichas Constituciones, como las posteriores de dichas Provincias o de otras aledañas,[23] se convirtieron en los primeros intentos de forjar un modelo constitucional propio y autóctono, que solo se consolidaría posterior a 1819, debido a la restauración del Virreinato. Precisamente, con el Tratado de Valençay, firmado el 11 de diciembre de 1813, Napoleón I suspendería la intervención francesa y reconocería, nuevamente, a Fernando VII como Rey de España y la totalidad de sus territorios y súbditos, que había perdido en 1808. De este modo, dicho tratado acordó la neutralidad de España en el conflicto de Francia con los británicos y se devolverían los honores y derechos a los partidarios de José I. Empero, el tratado fue ratificado, en París, solo hasta 1814 y solo en marzo de este año se le otorgó la libertad a Fernando VII. El 4 de mayo se produjo el decreto que restablecía la monarquía absoluta en España y dejaba sin ningún efecto a la Constitución de Cádiz de 1812, iniciado así, también, la orden de formar una expedición para restablecer el poder en la Nueva Granada y Venezuela, conocida como la "Restauración" y comandada por el general Pablo Morillo, quién, el 4 de agosto de 1814, fue nombrado como capitán general de Venezuela.

[22] Tanto la Constitución de Cartagena como la de Antioquia hablan, respectivamente de "Pacto Fundamental" y "Contrato Social" en sus preámbulos.

[23] Tales como la Constitución de Popayán del 17 de junio de 1814, la Constitución del Estado de Mariquita del 21 de junio de 1814, la Constitución provisional de la provincia de Antioquia del 30 de junio de 1815 y la Constitución de Neiva del 31 de agosto de 1815.

En 1815 iniciaría, partiendo de Cádiz el 15 de febrero, la campaña dirigida por Morillo sitiaría a Cartagena a finales de 1815 y provocaría un régimen del terror que, acompañado de la inestabilidad y las disputas internas, sustraería a los territorios de sus desarrollos independistas[24] y relegando la emancipación para años después.

4 Conclusiones

De acuerdo a la reconstrucción histórica efectuada se puede afirmar que:

a. El proceso de construcción de América independiente estuvo ligado no solo a causas autóctonos y originarias, sino que, al mismo tiempo, a un intercambio normativo, cultural y social derivado de la interrelación de los próceres de los movimientos de emancipación y la disputa por la elaboración de una identidad cimentada en unas ansias de conservación y, en aparente contradicción, de originalidad.

b. Este proceso, por ende, trajo consigo el realce de ciertos factores que unen a los países latinoamericanos tanto desde lo negativo como desde lo positivo[25]; de allí que la pugna entre la conservación

[24] "Destinado en principio al Río de la Plata, el Ejército Pacificador tenía órdenes secretas de encaminarse a las Costas de Venezuela y posteriormente a la Nueva Granada. La misión en uno y otro territorio era completamente diferente. Mientras que en el primero se trataba de poner punto final a los excesos de las tropas realistas victoriosas, en el segundo la tarea consistía en aniquilar una revolución que se extendía por la mayor parte del antiguo virreinato. Luego de abandonar la costa venezolana, el Ejército Pacificador desembarcó en el bastión realista de Santa Marta (23 de julio de 1815) para dirigirse desde allí a la plaza fuerte de Cartagena, que fue conquistada al cabo de un largo y dispendioso sitio. A continuación, las tropas fernandinas comenzaron a subyugar las provincias interiores, tarea que concluyó con éxito para fines de junio de 1816". (GUTIÉRREZ, 2016). Véase, además (GUTIÉRREZ, 2016-A).

[25] "[L]os factores que nos unen, o, mejor dicho, el trauma que nos unió, [es] el trauma de la Conquista, que parece haber dejado en nuestros pueblos – como elemento negativo – una proclividad al fatalismo, a la irresponsabilidad y a la ineficacia. Entre los elementos positivos, encontramos la riqueza de nuestra capacidad expresiva, nuestro talento

y novedad será reflejada en la configuración de las primeras consagraciones constitucionales, principalmente, en materia del establecimiento de las formas de Estado y de gobierno, y la propia religión. Ciertamente, el conglomerado latinoamericano que ha visto como se había reducido sus identidades autóctonas creó una América *mestiza*[26], que se reconstruyó bajo la órbita independentista decimonónica, la cual se ve emplazada no solo por los efectos traumáticos de la negación de retornar a estructuras y sistemas políticos u organizativos de los pueblos indígenas americanos, sino de las ansias de crear una identificación y exaltación con ciertas estructuras coloniales.

c. De tal forma, siendo un proceso complejo, no puede ser reducido a procedimientos de copia o plena imitación respecto al contexto norteamericano y europeo para el establecimiento de los inicios constitucionales americanos. En consecuencia, si bien no son extraños, ni mucho menos capítulo aparte, elementos norteamericanos, franceses y españoles en la aparición de las Constituciones de América Latina, el inicio del constitucionalismo latinoamericano se ensambló como respuesta psicosocial y disputas entre la represión y exaltación de la historia, que lo manifestó como

artístico, nuestro ingenio en las estrategias desarrolladas para sobrevivir y, no en último término, nuestra resistencia a la adversidad" (PÁRAMO, 1993).

[26] Estudio interesante resulta el propuesto por el historiador ecuatoriano Enrique Ayala Mora, que sobre el tema señala – haciendo especial referencia a su país –: "Los colonizadores españoles se establecieron en estas tierras y trajeron aquí el castellano, el cristianismo, sus formas de vida, valores y prejuicios. Pero estas realidades no fueron asimiladas sin más por los pobladores locales. Del choque cultural y la propia dominación fue surgiendo una identidad con elementos de las dos raíces. Fue surgiendo así el mestizaje, no como una mera suma de lo indígena, lo hispánico y lo negro, sino como una nueva realidad con caracteres propios, con una identidad distinta, muchas veces contradictoria. El mestizaje no es un hecho racial, es ante todo una realidad cultural. Aunque sin duda se ven rasgos indígenas junto a blancos o europeos y negros o afroamericanos en nuestra población mestiza, su carácter fundamental está dado porque sus ideas, sus costumbres, su religiosidad, incluso su lengua, reflejan una compleja identidad cultural". (AYALA, 2013). En sentido similar el documento publicado de forma parcial electrónicamente, del mismo autor de la siguiente referencia: (AYALA, 2002).

disímil a las experiencias de otros contextos. Solo de esa forma puede ser entendido, que pese a que suele resaltarse la influencia de la Constitución de Cádiz de 1812[27], existan previa a ella consagraciones constitucionales, o intentos de las mismas, desde la Haití Republicana de 1801 y luego imperial en 1805, hasta pasar a las obras de Colombia (1810, 1811), Venezuela (1811), Argentina (1810), Chile (1811) y Ecuador (1812).[28]

d. De dichas experiencias, habiéndonos centrados en Haití y la Nueva Granada, resulta esencial ver aspectos afines a las formas de gobierno, donde destacan expresiones cercanas al presidencialismo actual, incluso aunque existiese el reconocimiento como colonia (Constitución de Haití 1801) o la aceptación de la monarquía

[27] "En cuanto a las provincias de Ultramar, durante sus cortos años de vigencia inicial, la repercusión de la Constitución de 1812 fue muy limitada. En aquellas provincias que para 1812 ya habían declarado su independencia e, incluso, ya habían sancionado mediante congreso de representantes una Constitución, como fue la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811, la vigencia e influencia de la Constitución de Cádiz fue completamente nula. Es más, los intentos de publicarla en plena guerra de independencia en las Provincias de Venezuela por Domingo Monteverde, no tuvieron repercusión alguna. Otro tanto debe decirse respecto de las provincias de Cundinamarca, donde el proceso independentista para esas fechas estaba también en marcha. No se olvide que durante el primer período de vigencia de la Constitución de Cádiz (1812-1814), en primer lugar, que desde 1810 ya se había declarado la independencia tanto en las Provincias de Venezuela, como en las Provincias de Nueva Granada; en segundo lugar, que entre 1811 y 1812 ya se habían sancionado, en Venezuela, las Constituciones Provinciales de los Estados de Barinas (26-3-1811), Mérida (31-7-1811), Trujillo (2-9-1811), Barcelona (2-1-1812) y Caracas (31-1- 1812), y que a partir de 1811, en Colombia se sancionaron las Constituciones Provinciales de Cundinamarca (4-4-1811); Tunja (23-11- 1811), Antioquia (24-3-1811), Cartagena de Indias (14-6-1812), Popayán (17-7-1814), Pamplona de Indias (17-5-1815), Mariquita (24-6-1815) y Neiva (31-8-1815); y en tercer lugar, que el 21 de diciembre de 1811 se había sancionado la Constitución Federal de los Estados de Venezuela, y que el 27 de noviembre de 1811 se había constituido la Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada".(BREWER-CARÍAS, 2008, pp. 24-25).

[28] Si bien no son previas a la Constitución de Cádiz, debe también hablarse de los primeros textos constitucionales que surgieron en: Colombia (Constitución Republicana de Cundinamarca del 17 de abril de 1812), Chile (Constitución del 27 de octubre de 1812 y la de 1814), México (Apatzingán, el 22 de octubre de 1814), en Paraguay (Reglamentos Gubernamentales aprobados por el Congreso, de octubre de 1813).

española (Constitución Monárquica de Cundinamarca 1811).[29] Precisamente, estructuras basadas en la separación de poderes y la garantía de derechos, aunque no siempre para la totalidad de la población, permitieron construir Estados complejos basados en atributos democráticos.

e. No obstante, como la mayor parte de estas obras, tuvieron vigencia limitada derivada, en esencia, de la confección constitucional: En Haití, por ejemplo, fueron, prácticamente, obras unipersonales y, en consecuencia, se sustentaban en el poder militar; por su parte, en la Nueva Granada, pese a procurarse que fuera una obra incluyente e integradora, el distanciamiento de los ideales de emancipación de un sector de la población y las oposiciones internas entre los constituyentes y próceres respecto a particularidades de las formas de Estado, debilitaron la legitimidad de estos textos.

f. Sin embargo, la vigencia jurídica no fue equivalente a su influencia en los textos constitucionales sucesores y en las relaciones que tuvieron con sus contemporáneos, al punto que no puede dejarse de lado la influencia, mínimamente indirecta, en la redacción de la Constitución de Cádiz de 1812, la cual fue originada en las sesiones donde participaron 303 diputados, de los cuales había aproximadamente 63 diputados americanos, entre los que destacan José Mejía Lequerica, Ramón Power, Dionisio Inca Yupanqui, José Miguel Ramos de Arizpe, Miguel Guridi y Alcocer, Antonio Morales Duárez, Antonio Larrazábal, entre otros (FORTÍN, 2013). Es en ese sentido, dichos textos se convierten en un punto originario no descartable para la comprensión constitucional moderna.

[29] Éste como otros documentos pueden ser catalogados como las *máscaras fernandinas*, debido a que sigue reconociendo el poder del Rey Fernando VII y no se tiene en cuenta a José I. Entre ellos, además, se cuentan, por ejemplo, la Acta Capitular del 25 de mayo de 1810 y Reglamento División de Poderes de 1811 en Argentina. Véase: (LÓPEZ, 1996; LORENZO, 1997).

Bibliografía

ALARCÓN BERNAL, Edith. *Las primeras constituciones democráticas en Colombia (1810-1815)*. Tesis presentada para optar al título de: Magister en Derecho. Director Bernd Marquardt. Bogotá, D.C.: Universidad Nacional de Colombia, 2013.

ARPINI, Adriana María. Dos propuestas constitucionales en el Caribe del siglo XIX. *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, v. 11, n. 2, p. 11-20, 2009.

AYALA MORA, Enrique. *Ecuador*: patria de todos: la nación ecuatoriana, unidad en la diversidad (2002).Disponible en:<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/File/ecuador%20patria%20enrique%20ayala.pdf>. Consultado en: 27 ago. 2013.

_____. *Interculturalidad en el Ecuador*. Disponible en: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/380/File/Interculturalidad%20en%20el%20Ecuador.pdf>. Consultado en: 28 ago. 2013.

BOISROLIN, Henry. La revolución haitiana (1791–1804): una contribución para superar el olvido y el abandono. *Ariadna Tucma*, v. 1-4 , 2006-2009. Disponible en: <http://www.ariadnatucma.com.ar/?p=71>. Consultado en: 13 mar. 2018.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *La Constitución de Cádiz de 1812 y los principios del constitucionalismo moderno*: su vigencia en Europa y en América (2008). Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/dev/wp-content/uploads/2010/01/629-977.-La-Constituci%C3%B3n-de-C%C3%A1diz-y-los-principios-del-constitucionalismo-moderno-2008-1.pdf>. Consultado en: 23 feb. 2017.

_____. La independencia de Venezuela y el inicio del constitucionalismo hispanoamericano en 1810-1811, como obra de civiles, y el desarrollo del militarismo a partir de 1812, en ausencia de régimen constitucional. *Historia Constitucional*, n. 14, p. 405-424, 2013.

CARPIZO, Jorge. En búsqueda del ADN y las influencias en algunos sistemas presidenciales y parlamentarios. En: VANEGAS GIL, Pedro Pablo (Coord.). *La democracia constitucional en América Latina y las evoluciones recientes del presidencialismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2009.

FORTÍN MAGAÑA, René. La Influencia de la Constitución Gaditana en América Latina. En: BARCELÓ ROJAS, Daniel; SERNA DE LA GARZA, José María (Coord.). *Memoria del Seminario Internacional*: conmemoración del bicentenario de la Constitución de Cádiz: las ideas constitucionales de América Latina. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. p. 221-242.

FUENTES CONTRERAS, Edgar Hernán. Del fenómeno jurídico como construcción cultural. En: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro (Coord.). *Liber Amicorum*: homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2015. p. 109-128.

_____. Introducción al modelo presidencialista desde la perspectiva coyuntural colombiana: el régimen y la academia. En: FUENTES CONTRERAS, Edgar Hernán; ABREU DE MEDEIROS, Bernardo. *Perspectivas iberoamericanas de asuntos constitucionales*. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2012. p. 161-202.

GUTIÉRREZ ARDILA, Daniel. *La restauración en la Nueva Granada (1815-1819)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

_____. Vacilaciones taxativas: las declaraciones de independencia en la Nueva Granada y en el Río de la Plata. *Prismas, Revista de Historia Intelectual*, n. 20, p. 199-205, 2016.

LÓPEZ ROSAS, José Rafael. *Historia constitucional argentina*. 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 1996.

LORENZO, Celso Ramón. *Manual de historia constitucional argentina*. Buenos Aires: Juris, 1997. v. 2.

MANIGAT, Sabine. La revolución de independencia de Haití en su primera etapa: la edificación del poder negro en Saint-Domingue. *Rev Cien Cult*, n. 22-23, p. 301-311, 2009.

MARTÍNEZ PERIA, Juan Francisco. Entre el terror y la solidaridad: la influencia de la revolución haitiana en las independencias de Venezuela y Nueva Granada (1804-1825). *Anuario del Instituto de Historia Argentina*, v. 16, 2016. Disponible : <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.7228/pr.7228.pdf>. Consultado en: 13 mar. 2018.

MEZILAS, Glodel. La revolución haitiana de 1804 y sus impactos políticos sobre América Latina. *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, *v.* 11, n. 2, p. 31-42, 2009.

PÁRAMO ORTEGA, Raúl. El trauma que nos une: reflexiones sobre la conquista y la identidad latinoamericana. *Dialéctica*, v. 16, n. 23-24, p. 175-197, 1993.

RODRÍGUEZ DELGADO, Mauricio Enrique. La Constitución del Socorro de 1810 ¿primera constitución colombiana? *Temas Socio-Jurídicos*, v. 30, n. 61, 2011. Disponible: <http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=sociojuridico&page=article&op=viewArticle&path%5B%5D=1737>. Consultado en: 14 mar. 2018.

SANTOS MOLANO, Enrique. *Antonio Nariño*: filosofo revolucionario. Bogotá: Planeta, 1999.

SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada.* México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

_____. *Límites de la ingeniería constitucional*. Tomado de: <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1996-01-008-050.pdf.> Consultado en : 8 sep. 2013.

TASCÓN, Tulio Enrique. *Historia del derecho constitucional colombiano.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

VANEGAS USECHE, Isidro. La Constitución de Cundinamarca: primera del mundo hispánico. *Historia Constitucional*, n.12, p. 257-279, 2011.

_____. La revolución angloamericana como herramienta. Nueva Granada 1808-1816. *Co-herencia*, v. 13, n. 25, p. 89-118, 2016.

VERGARA LACALLE, Óscar. *El derecho como fenómeno psicosocial*: un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona. Granada: Ed. Comares, 2004.

VIRTUOSO, Francisco José. *La crisis de la catolicidad en los inicios republicanos de Venezuela (1810-1813)*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2001.

ZULUAGA GIL, Ricardo. Historia del constitucionalismo en Colombia: una introducción. *Estudios de Derecho*, v. 71, n. 157, p. 99-129, 2014.

Esta obra foi composta na fonte Fierfield, corpo 11,
entrelinhas de 17 pontos em papel Cartão Supremo 250g/m² (capa)
e papel AP 75g/m² (miolo).

A revista Estudos Eleitorais é apresentada ao leitor em seu primeiro número do ano de 2018, composto de oito artigos.

Com mais esta edição, a EJE/TSE reafirma seu compromisso com a valorização dos estudos eleitorais, concebidos de forma abrangente, para alcançar reflexões históricas, teóricas e práticas não apenas sobre o direito eleitoral material e processual, mas também sobre o processo político-eleitoral.

EJE
Escola Judiciária Eleitoral
Tribunal Superior Eleitoral

Tribunal Superior Eleitoral

ISSN 1414-5146
9 771414 514001