TRIBUNAL
SUPERIOR
ELEITORAL

ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 5 Número 2 maio/ago. 2010

ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 5, Número 2
maio/ago. 2010

© 2010 Tribunal Superior Eleitoral

Escola Judiciária Eleitoral
SGON, Quadra 5, Lote 795, Bl. B – Ed. Anexo III do TSE
70610-650 – Brasília/DF
Telefone: (61) 3316-4641
Fax: (61) 3316-4642

Coordenação: André Ramos Tavares – Diretor da EJE
Editoração: Coordenadoria de Editoração e Publicações (Cedip/SGI)
Projeto gráfico: Clinton Anderson
Capa: Luciano Carneiro
Revisão: Andrey do Amaral
Normalização técnica: Geraldo Campetti Sobrinho

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

ISSN: 1414–5146

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

Quadrimestral.
Revista interrompida no período de: maio 1998 a dez. 2005, e de set. 2006 a dez. 2007.

1. Direito eleitoral – Periódico. I. Brasil. Tribunal Superior Eleitoral.

CDD 341.2805

Tribunal Superior Eleitoral

Presidente
Ministro Ricardo Lewandowski

Vice-Presidente
Ministra Cármen Lúcia

Ministros
Ministro Marco Aurélio
Ministro Aldir Passarinho Junior
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Marcelo Ribeiro
Ministro Arnaldo Versiani

Procurador-Geral Eleitoral
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Coordenação da Revista Estudos Eleitorais
André Ramos Tavares

Conselho Científico
Ministro Ricardo Lewandowski
Ministro Aldir Passarinho Junior
Ministro Hamilton Carvalhido
André Ramos Tavares
Antonio Carlos Marcato
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

Composição da EJE
Diretor:
André Ramos Tavares

Assessora-chefe:
Juliana Deléo Rodrigues Diniz

Servidores:
Ana Karina de Souza Castro
Camila Milhomem Fernandes
Geraldo Campetti Sobrinho
Jorge Marley de Andrade
Julio César Sousa Gomes
Quéren Marques de Freitas da Silva

Colaboradores:
Andrey do Amaral dos Santos
Liliane Cervo de Moraes
Sueli Rodrigues da Costa

APRESENTAÇÃO

Em seu número 2/2010 da Revista *Estudos Eleitorais*, a Escola Judiciária Eleitoral (EJE/TSE) apresenta sete artigos de interesse aos estudiosos da matéria eleitoral.

No primeiro artigo, intitulado *Financiamento de campanha e prestação de contas,* Walber de Moura Agra analisa as questões do financiamento sob o enfoque de doações e contribuições a campanha eleitoral e a prestação de contas dos candidatos, considerando o exame da prestação de contas pela Justiça Eleitoral e a rejeição de contas, bem como as consequências delas decorrentes.

Na matéria *Considerações sobre a inelegibilidade, face à rejeição de contas (o art. 10, I, g, da LC nº 64/90, com a redação dada pela LC nº 135/10),* Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti afirma que a referida lei representa avanço quanto à moralidade das eleições e ao afastamento da vida pública de indivíduos cujos *curricula vitae* recomendem tal limitação.

No texto *Noção de povo na Constituição de 1988,* Palhares Moreira Reis analisa os conceitos dos vocábulos população, nação e povo, brasileiro, eleitor e cidadão/cidadania, buscando apresentar a exata noção de como a questão foi entendida pelo Constituinte ao formular o texto constitucional.

Gilberto Bercovici, no artigo *A origem do sistema eleitoral proporcional no Brasil,* traça um histórico sobre o surgimento do sistema proporcional brasileiro, fundamentado em três pilares: mandato livre e independente; interesses gerais e não locais; e governo da maioria.

Em *Democracia participativa: autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro),* Ruy Samuel

Espíndola compara as democracias representativa e participativa, afirmando que esta complementa e legitima a outra, na medida em que se realiza por diversos instrumentos de manifestação semidireta da vontade popular.

Manoel Carlos de Almeida Neto, no artigo *Reflexões sobre a nova tipologia das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral,* examina a nova tipologia das resoluções baixadas pelo TSE, identificando e explicando quatro espécies desses atos: normativa; regulamentar; contenciosa-administrativa; e consulta.

Na matéria que fecha este fascículo, *A responsabilização judicial do legislador pelo uso da tribuna: a propaganda eleitoral e a legitimidade democrática*, Marilda de Paula Silveira assevera que a inviolabilidade e a complexidade do processo legislativo não atuam como óbices absolutos à responsabilização judicial do legislador nos casos em que se identifiquem em sua atuação prejudicial ao Estado ou a terceiros, o elemento subjetivo dolo.

Ao cumprir seu papel no desenvolvimento do marco teórico, das avaliações práticas e das abordagens históricas sobre democracia, cidadania e eleições, a EJE valoriza os estudos eleitorais, estimulando a produção de novos trabalhos nessa relevante área do conhecimento especializado.

SUMÁRIO

Financiamento de campanha e prestação de contas
Walber de Moura Agra 9

Considerações sobre a inelegibilidade, face à rejeição de contas
(o art. 1º, I, *g*, da LC nº 64/90, com a redação dada pela LC n° 135/10)
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti 27

Noção de povo na constituiçãode 1988
Palhares Moreira Reis..... 45

A origem do sistema eleitoral proporcional no Brasil
Gilberto Bercovici..... 55

Democracia participativa autoconvocação de referendos e plebiscitos
pela população (análise do caso brasileiro)
Ruy Samuel Espíndola 71

Reflexões sobre a nova tipologia das resoluções do tribunal superior
eleitoral
Manoel Carlos de Almeida Neto 97

A responsabilização judicial do legislador pelo uso da tribuna:
a propaganda eleitoral e a legitimidade democrática
Marilda de Paula Silveira 111

FINANCIAMENTO DE CAMPANHA E PRESTAÇÃO DE CONTAS

Walber de Moura Agra

Mestre pela UFPE. Doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze. Pós-Doutor pela Univ. Montesquieu Bordeaux IV. Professor da Univ. Católica de Pernambuco. Procurador do Estado (PE). Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PE.

Questiona sobre as fontes financeiras possíveis de suportar os gastos dos pleitos eleitorais, considerando a crescente desigualdade entre os cidadãos que dispõem de fontes de financiamento e aqueles que não possuem condições financeiras suficientes. Ressalta que para evitar a influência deletéria das fontes de financiamento das campanhas eleitorais, o legislador instituiu disposições normativas com o escopo de dar maior transparência à sua prestação. Analisa as questões do financiamento sob o enfoque de doações e contribuições a campanha eleitoral e a prestação de contas dos candidatos, considerando o exame da prestação de contas pela Justiça Eleitoral e a rejeição de contas, bem como as consequências delas decorrentes.

Palavras-chave: Campanha eleitoral; financiamento de campanha; prestação de contas; rejeição de contas; Justiça Eleitoral.

1 FINANCIAMENTO DE CAMPANHA

O financiamento de campanha se configura um tema candente na maioria dos regimes democráticos, consistindo no debate de quais são as fontes financeiras possíveis de suportar os gastos dos pleitos eleitorais. Os custos de uma campanha são deveras altos, e aumentam com a elevação do número de eleitores. A predominância do sistema de financiamento privado fez com que os detentores do poder econômico tenham vantagem nas eleições, tornando o sistema eleitoral extremamente desigual, haja vista privilegiar os cidadãos que dispõem de fontes de financiamento em detrimento daqueles que não possuem condições financeiras suficientes.

A utilização do fundo partidário, em que foi constituída uma receita para o financiamento dos partidos políticos, não supre as necessidades básicas de manutenção financeira dos partidos e muito menos possibilita suportar os gastos de campanha. Setores da sociedade clamam para o financiamento estatal das eleições, enquanto outros afirmam que se configura um custo muito alto, havendo outras obrigações prementes para os órgãos estatais se preocuparem.

Para evitar a influência deletéria das fontes de financiamento das campanhas eleitorais, o legislador instituiu algumas disposições normativas com o escopo de dar maior transparência à sua prestação.

1.1 DOAÇÕES E CONTRIBUIÇÕES A CAMPANHA ELEITORAL

Os recursos para o financiamento das campanhas políticas podem provir das seguintes fontes: a) recursos próprios do candidato; b) contribuições e doações de pessoas físicas; c) contribuições e doações de pessoas jurídicas; d) recursos públicos provenientes do fundo partidário; e) doações de outros candidatos, partidos políticos ou comitês financeiros; f) receita decorrente da comercialização de bens ou da realização de eventos. Numerário provindo de fontes que não sejam essas expressamente indicadas é considerado ilícito, devendo sofrer os rigores da lei. Pessoas físicas podem fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido ao disposto nesta Lei.

Toda doação a candidato específico ou a partido deverá ser feita mediante recibo, em formulário impresso ou em formulário eletrônico, no caso de doação via internet, em que constem os dados exigidos, dispensada a assinatura do doador. Antes, a redação desse dispositivo não contemplava as doações realizadas eletronicamente. Justamente com a finalidade de regulamentar as doações realizadas pela internet, como a confeccionada para as doações por formulário impresso, houve a determinação para modelos de doações, tanto impressas quanto eletrônicas.

As doações de recursos financeiros, dentre outras possibilidades, também poderão ser feitas por meio de mecanismo disponível em site do candidato, partido ou coligação na internet, permitindo, inclusive, o uso de cartão de crédito, e que deverá atender aos seguintes requisitos: a) identificação do doador; b) emissão obrigatória de recibo eleitoral para cada doação realizada. Ao acrescentar esse novo inciso com suas respectivas alíneas, houve o disciplinamento das doações realizadas pelo site do candidato, partido ou coligação. Essas doações podem ser realizadas inclusive com a utilização de cartão de crédito, especificando o nome detalhado de cada doador que a realizou; também deve ser emitido recibo eleitoral para cada doação realizada.

Na hipótese de doações realizadas por meio da internet, as fraudes ou erros cometidos pelo doador, sem conhecimento dos candidatos, partidos ou coligações, não ensejam a responsabilidade destes nem a rejeição de suas contas eleitorais. Essa especificação protege os candidatos e os partidos contra possíveis fraudes praticadas por terceiros, com o intuito de lhes prejudicarem, inclusive provocando a rejeição de suas contas eleitorais. Assim, somente são por elas responsabilizados os doadores que as realizaram. Os candidatos e partidos políticos só são responsabilizados se participaram de alguma forma, ou delas tiveram conhecimento.

O limite máximo previsto para contribuição de pessoa física é de dez por cento dos rendimentos brutos, auferidos no ano anterior ao da eleição. No entanto, este limite não se aplica caso o valor da doação seja relativa à utilização de bens móveis ou imóveis – de propriedade do doador, desde que não ultrapasse cinquenta mil reais. Em suma, esse caso específico não possui como parâmetro o valor de dez por cento dos rendimentos brutos. Ao acrescentar essa nova regra, o legislador cometeu um equívoco, quando se referiu ao valor da doação que não deveria ultrapassar R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), porque, em verdade, não se trata do instituto jurídico da doação, mas sim de comodato não oneroso, haja vista que se refere ao uso de propriedade móvel ou imóvel do doador, que depois lhe será devolvido.

Com o advento da Resolução nº 23.216 de 2/3/2010, publicada pelo TSE (BRASIL. TSE, 2010), restou regulamentada a questão da arrecadação de recursos financeiros de campanha eleitoral feita por cartões de crédito, inovação esta que não só ampliou os meios hábeis à realização de uma doação, como também facilitou o seu recebimento pelos candidatos e/ou partidos políticos beneficiados. Ficou estabelecido que as doações mediante cartão de crédito somente poderão ser realizadas por pessoa física, sendo vedado seu parcelamento.

Todavia, ainda se encontram vedadas as doações por cartão de crédito que forem emitidas do exterior e de natureza corporativa ou empresarial (art. 3º, I, II da Resolução nº 23.216 do TSE, de 2/3/2010). Entende-se por cartões de crédito corporativos, aqueles utilizados por empresas privadas e por órgãos da administração pública, direta e indireta, de todas as esferas.

Os candidatos, partidos políticos e os comitês financeiros não podem, imediatamente, arrecadar quantias por cartão de crédito. Há pré-requisitos específicos para cada um destes entes, para que possam captar recursos dessa forma. Assim, os candidatos e comitês financeiros deverão: a) solicitar registro na Justiça Eleitoral; b) obter inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); c) abrir conta bancária eleitoral específica para a movimentação financeira de campanha; d) receber números de recibos eleitorais; e) desenvolver página de internet específica para o recebimento dessas doações; f) contratar instituição financeira ou credenciadora de cartão de crédito para habilitar o recebimento de recursos por meio de cartão de crédito. Se a arrecadação de recursos financeiros por cartão de crédito não atender a esses requisitos, haverá a desaprovação das contas do arrecadador, aplicando-se-lhe as respectivas sanções.

Há imposição legal no sentido de que todas as doações realizadas para custear campanhas políticas deverão ser acompanhadas de recibos. Assim é porque os recibos eleitorais são documentos oficiais que legitimam o ingresso de recursos

em campanha eleitoral. Portanto, os recibos eleitorais de doação deverão ser emitidos eletronicamente, pelo site do candidato, do comitê financeiro ou do partido político, dispensada, neste caso, a emissão da via do beneficiário da doação; pelo Sistema de Prestação de Contas Eleitorais (SPCE); ou pelo preenchimento manual em formulário impresso, no caso das doações recebidas mediante terminal de captura de transações com cartão de crédito.

O TSE cuidou ainda de fixar período determinado para arrecadação das doações por meio de cartões de crédito: até a data das eleições, inclusive no caso de segundo turno. Por essa razão, o mecanismo disponível no site do candidato, do comitê financeiro e do partido político para a arrecadação via cartão de crédito deverá ser encerrado no dia seguinte à data da eleição, inclusive se houver segundo turno.

De toda maneira, todas as doações recebidas mediante o uso de cartão de crédito deverão ser lançadas individualmente na prestação de contas de campanha eleitoral de candidatos, comitês financeiros e partidos políticos. As taxas cobradas pelas credenciadoras de cartão de crédito deverão ser consideradas despesas de campanha eleitoral e lançadas na prestação de contas do arrecadador.

Sob pena de desaprovação das contas, a arrecadação de recursos e a realização de gastos eleitorais por candidatos, inclusive de seus vices e de seus suplentes, comitês financeiros e partidos políticos, ainda que estimáveis em dinheiro, só poderão ocorrer com a solicitação do registro do candidato e a instituição do comitê financeiro, conforme o caso; a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); a abertura de conta bancária específica para a movimentação financeira de campanha; e a emissão de recibos eleitorais.

Imposição salutar ao combate às doações ocultas foi a obrigatoriedade, para candidato, comitê financeiro e partido político que optarem arrecadar recursos e realizar gastos de campanha eleitoral, de abertura de uma conta bancária específica

para registrar todo o movimento financeiro da campanha, inclusive dos recursos próprios dos candidatos e dos oriundos da comercialização de produtos e realização de eventos. Ainda é de se ressaltar que, mesmo se um desses sujeitos possuir conta bancária pré-existente, esta não poderá ser utilizada para arrecadação de recursos. É necessária efetiva abertura de uma conta bancária nova, que poderá ser feita na Caixa Econômica Federal, no Banco do Brasil ou em outra instituição financeira com carteira comercial reconhecida pelo Banco Central.

Dependendo de quem pretenda abrir a conta bancária para arrecadar recursos, há variação do prazo para o cumprimento desta obrigação. Para o candidato ou pelo comitê, o prazo é de 10 dias, contados da data de concessão das suas inscrições no CNPJ, ainda que não ocorra arrecadação de recursos financeiros. Para o diretório partidário nacional e estadual ou distrital, este período é de 15 dias, contados a partir do dia 2 de março de 2010, desde que se utilize o CNPJ próprio já existente.

Com a finalidade de se facilitar a abertura dessas contas, os bancos são obrigados a acatar, no prazo de até 3 dias, os pedidos de abertura de conta de qualquer comitê financeiro, partido político ou candidato escolhido em convenção. Do mesmo modo, é-lhes vedado condicionar a abertura da conta a depósito mínimo e à cobrança de taxas ou outras despesas de manutenção.

Destarte, a sanção imposta para o uso de recursos financeiros para pagamentos de gastos eleitorais, que não provenham dessas contas bancárias específicas, será a desaprovação da prestação de contas do partido político, do comitê financeiro ou do candidato que assim procedeu.

Quanto à origem dos recursos arrecadados, deve-se considerar que o TSE a tratou de forma taxativa, pois, do contrário, abrir-se-ia oportunidade para a captação de quantias das mais variadas formas. Assim, os recursos destinados às campanhas eleitorais são os recursos próprios; as doações de pessoas físicas e jurídicas; as doações de outros candidatos, comitês financeiros ou partidos

políticos; o repasse de recursos provenientes do Fundo Partidário; a receita decorrente da comercialização de bens ou da realização de eventos.

Se as doações forem recebidas em anos anteriores ao da eleição, elas só poderão ser aplicadas nas eleições de 2010 se houver suas identificações e escriturações contábeis, de forma individualizada; por transferência para conta exclusiva de campanha do partido antes de sua destinação ou utilização, observando-se o limite legal imposto a tais doações, tendo por base o ano anterior ao da eleição; e identificação do comitê financeiro ou do candidato beneficiário, se a eles destinados. Os candidatos, partidos políticos e comitês financeiros poderão receber doações de pessoas físicas e jurídicas mediante depósitos em espécie, devidamente identificados, cheques cruzados e nominais ou transferências bancárias, ou ainda em bens e serviços estimáveis em dinheiro, para campanhas eleitorais. Evitando-se a criação de pessoas jurídicas com a finalidade exclusiva de ofertar recursos aos candidatos e partidos políticos, restou estabelecido que são vedadas as doações daquelas que tenham começado a existir, com o respectivo registro, no ano de 2010.

De forma genérica, todos esses valores, sejam de pessoas físicas ou jurídicas, sujeitam-se aos limites dispostos por lei ou estabelecidos pelas agremiações partidárias. A cada eleição, observadas as peculiaridades locais, cabe a instrumento normativo, até o dia 10 de junho do ano eleitoral, fixar limite de gastos de campanha para os cargos em disputa. Não sendo promulgada tal lei, cabe aos partidos políticos fixá-la, comunicando esses valores à Justiça Eleitoral.

Se não for previsto em lei, passa a inexistir um teto que obrigue o enquadramento desses gastos. O cuidado é que não seja declarado um valor muito alto, desproporcional à normalidade vigente, com a intenção de praticar abuso de poder econômico ou propiciar lavagem de dinheiro. Nada impede a utilização do princípio da razoabilidade para a tipificação desses gastos estratosféricos, desde que haja dados

fáticos, sem a tipificação de esbulho do Poder Judiciário na vontade da soberania popular.

Para assegurar a transparência do financiamento durante o processo eleitoral, os partidos políticos, as coligações e os candidatos são obrigados, durante a campanha eleitoral, a divulgar pela Internet, em *site* criado pela Justiça Eleitoral, nos dias 6 de agosto e 6 de setembro, relatório discriminando os recursos em dinheiro ou estimáveis que tenham recebido para financiamento da campanha eleitoral e os gastos já realizados. A indicação dos nomes dos doadores e os respectivos valores somente são exigidos na prestação de contas final.

Ficam vedadas quaisquer doações em dinheiro, bem como de troféus, prêmios, ajudas de quaisquer espécies feitas por candidato, entre o registro e a eleição, a pessoas físicas ou jurídicas. Quis-se obstaculizar que o candidato pudesse utilizar essas retribuições para a obtenção de recursos ou como ardil para burlar as normas pertinentes à prestação de contas. Essa restrição abrange relação com pessoas físicas ou jurídicas.

Nesse mesmo sentido, a Lei Eleitoral resolveu proibir o partido ou o candidato de receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de: a) entidade ou governo estrangeiro; b) órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público; c) concessionário ou permissionário de serviço público; d) entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; e) entidade de utilidade pública; f) entidade de classe ou sindical; g) pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior; h) entidades beneficentes e religiosas; i) entidades esportivas; j) organizações não governamentais que recebam recursos públicos; l) organizações da sociedade civil de interesse público.

São considerados gastos eleitorais sujeitos inexoravelmente a registro e aos limites fixados: a) confecção de material impresso

de qualquer natureza e tamanho; b) propaganda e publicidade direta ou indireta, por qualquer meio de divulgação, destinada a conquistar votos; c) aluguel de locais para a promoção de atos de campanha eleitoral; d) despesas com transporte ou deslocamento de candidato e de pessoal a serviço das candidaturas; e) correspondência e despesas postais; f) despesas de instalação, organização e funcionamento de Comitês e serviços necessários às eleições; g) remuneração ou gratificação de qualquer espécie a pessoal que preste serviços às candidaturas ou aos comitês eleitorais; h) montagem e operação de carros de som, de propaganda e assemelhados; i) a realização de comícios ou eventos destinados à promoção de candidatura; j) produção de programas de rádio, televisão ou vídeo, inclusive os destinados à propaganda gratuita; l) realização de pesquisas ou testes pré-eleitorais; m) aluguel de bens particulares para veiculação, por qualquer meio, de propaganda eleitoral; n) custos com a criação e inclusão de sítios na internet; o) multas aplicadas aos partidos ou candidatos por infração do disposto na legislação eleitoral; p) produção de *jingles*, vinhetas e *slogans* para propaganda eleitoral.

Com essa extensa regulamentação, tencionou a Lei Eleitoral expressamente relacionar todos os gastos necessários de campanha que devem constar na prestação de contas. Defende-se que, apesar de ser numerosa, essa lista ostenta caráter exemplificativo porque, na contabilidade final da campanha, é preciso que todos os gastos estejam numerados, mesmo os que foram excluídos da relação apresentada. *A priori* pode-se pensar que há quebra do princípio da legalidade, contudo, pela velocidade do perpassar da seara normativa, em que cada dia surgem mais mecanismos de campanha eleitoral, aprisionar os gastos aos expressamente mencionados seria insuflar inflação legislativa e ceifar a *intentio legis* que impregnou a criação do instituto.

2 PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS CANDIDATOS

A prestação de contas se configura procedimento, previsto em lei, para vislumbrar a origem dos recursos eleitorais e a forma

como foram efetivados seus gastos, possuindo o fator teleológico de impedir o abuso do poder econômico e assegurar paridade para que todos os cidadãos tenham condições de disputar os pleitos eleitorais.

Ela é necessária tanto no caso de eleições majoritárias como na hipótese de eleições proporcionais. Essa obrigação se estende aos dois casos porque não há diferenças essenciais que possam amparar a exigibilidade para um caso e a ausência no outro. Inclusive, em alguns Estados, como São Paulo, o custo de campanhas proporcionais pode ser mais elevado do que o de candidatos majoritários em pequenas unidades federativas.

As prestações de contas dos candidatos às eleições majoritárias são realizadas por meio do comitê financeiro, com o acompanhamento dos extratos das contas bancárias referentes à movimentação dos recursos financeiros usados na campanha e da relação dos cheques recebidos, com a indicação dos respectivos números, valores e emitentes.

Com relação aos candidatos às eleições proporcionais, a prestação de contas pode ser feita tanto pelo comitê financeiro quanto pelo próprio candidato. Com relação aos candidatos que despenderam elevados numerários financeiros, recomenda-se que a prestação de contas seja realizada de forma individual, o que evitaria problemas posteriores.

Escolhendo por realizar a prestação de contas de modo individual, os candidatos proporcionais assumem responsabilidade pela arrecadação e pelos gastos de campanha, bem como o tesoureiro, se ele o indicar, sem que haja implicação a partido político ou coligação, com a missão de levar seus cálculos contábeis à Justiça Eleitoral de forma individual. No caso de candidatos majoritários e proporcionais, que optaram por realizar a prestação de contas pelos comitês, a entrega é coletiva, sendo de responsabilidade individual os recursos arrecadados de forma pessoal por um postulante específico. A responsabilidade se torna solidária quando o montante financeiro é auferido pelos partidos e repassado aos candidatos.

Cada partido ou coligação tem por obrigação apresentar uma perspectiva de gasto eleitoral, específica para cada candidato. Em se tratando de coligação, cada partido pode fixar o valor de seus gastos. Se houver gasto de recursos além dos valores declarados, o infrator se sujeita ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

2.1 EXAME DA PRESTAÇÃO DE CONTAS PELA JUSTIÇA ELEITORAL

A Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas de campanha, decidindo: a) pela aprovação, quando estiverem regulares; b) pela aprovação com ressalvas, quando verificadas falhas que não lhes comprometam a regularidade; c) pela desaprovação, quando verificadas falhas que lhes comprometam a regularidade; d) pela não prestação, quando não apresentadas as contas após a notificação emitida pela Justiça Eleitoral, na qual constará a obrigação expressa de prestar as suas contas, no prazo de setenta e duas horas.

Esse exame é de mérito, aprovando ou rejeitando a prestação de contas, de acordo com o material apresentado. Por isso, a doutrina reclamava a substituição do termo "regularidade", porque esta denominação sugere que esse exame seja realizado apenas sob o aspecto formal. A redação anterior deste dispositivo dispunha que, examinando a prestação de contas e conhecendo-a, a Justiça Eleitoral decidirá sobre sua regularidade.

Outrossim, ao determinar que a Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas de campanha, manteve-se o termo "regularidade"; no entanto, deve-se assentar que não fica a apreciação de contas reduzida tão só ao caráter formal, adentrando em aspectos materiais que se relacionam de forma direta com o princípio da moralidade. De toda sorte, a decisão sobre a apreciação das contas pode determinar: níveis de aprovação; desaprovação; ou requisição de apresentação das contas. Com relação aos níveis de aprovação, as contas podem ser aprovadas totalmente, ou com

ressalvas, casos em que contêm vícios que não lhe comprometem sua validade. A desaprovação deve ser total, e não graduada, como acontece com a aprovação: havendo vício que lhe comprometa a regularidade, procede-se a sua desaprovação.

A decisão sobre elas tem o prazo de oito dias antes da diplomação para ser publicada. Havendo causa maior, pode ser postergada, desde que não traga prejuízo aos candidatos eleitos, principalmente se não pairar nenhuma diligência para análise das informações prestadas.

A aferição realizada pela Justiça Eleitoral se classifica como eminentemente técnica, balizando-se pelos parâmetros normativos e pela jurisprudência assentada a respeito. Não pode o magistrado tirar ilações de onde nem ao menos existe presunção ou mandamento implícito que o ampare. A parêmia do legalismo jurídico permeia suas atividades. Não obstante, o vislumbre de presunção de ilicitude o autoriza a dissecar os cálculos apresentados, utilizando-se de todas as diligências e perícias que se fizerem prementes. Como se trata de questão contábil, o magistrado não pode chegar a certo posicionamento sem arrimo em fundamento fático, exercendo a teoria dos motivos determinantes um forte balizamento meritório de suas sentenças.

Se o comitê partidário ou candidatos não apresentarem suas contas no prazo legal, a decisão sobre elas, que é coletiva, como o prazo de apresentação de até oito dias antes da diplomação, pode ser realizada de forma específica para os retardatários, o que pode provocar o atraso de suas diplomações e respectivas posses.

Sendo um trabalho contábil complexo, erros formais ou materiais, de pequena monta, que forem corrigidos não autorizam a rejeição das contas e a cominação de sanção a candidato ou partido. Esses erros são os que não observaram os padrões atinentes à aritmética ou que apresentem equívocos crassos, que são reconhecidos de forma tautológica. Como não provocam prejuízos a quaisquer das partes envolvidas ou à lisura da eleição, bem como

se perfilham no sentido de tornar exequível um procedimento célere e eficiente, o magistrado, *sponte propria,* pode mandar suprir esses pecadilhos.

Em se detectando indício de irregularidade na prestação de contas, a Justiça Eleitoral pode requisitar diretamente do candidato ou do comitê financeiro informações adicionais necessárias, bem como determinar diligências para a complementação dos dados ou saneamento das falhas. A solicitação de diligência é uma competência concorrente do Ministério Público, dos partidos políticos, coligações ou candidatos. Ressalte-se que nada impede que ela possa ser realizada *ex officio* pelo magistrado, em razão da premência do interesse público enfocado.

Da decisão que julgar as contas prestadas pelos candidatos e comitês financeiros caberá recurso ao órgão superior da Justiça Eleitoral, no prazo de 3 (três) dias, a contar da publicação no Diário Oficial. Este tipo de recurso é o inominado. A novidade trazida é o prazo de três dias, contados a partir da publicação da decisão, no órgão de publicação oficial.

O disposto nesse artigo aplica-se aos processos judiciais pendentes. Com o acréscimo desse parágrafo, determinou-se expressamente que esses procedimentos se aplicam aos processos judiciais de prestação de contas que ainda estejam em curso.

Essa ação de investigação judicial eleitoral não se configura como único remédio para tipificar um erro na prestação de contas. Se essa ofensa caracterizar corrupção, por exemplo, faculta-se a impetração da ação de impugnação de mandato eletivo ou outra medida. Está livre a parte que sofreu o agravo para impetrar até mesmo reclamação em razão do acinte à Lei Eleitoral. Todavia, em razão de seu exíguo procedimento, de melhor valia seria mesmo a interposição da Ação de Investigação Judicial Eleitoral que permite maior âmbito de produção probatória.

Se, ao final da campanha, ocorrer sobra de recursos financeiros, esta deve ser declarada na prestação de contas e, após julgados

todos os recursos, transferida ao órgão do partido na circunscrição do pleito ou à coligação, neste caso, para divisão entre os partidos que a compõem. Modificou o *caput* do art. 31, especificando agora que a sobra de recursos financeiros deve ser transferida ao órgão do partido na circunscrição do pleito ou à coligação, neste caso, para divisão entre os partidos que a compõem. Deste modo, houve uma maior explicitação em relação a quem deve ser repassada eventual sobra de recursos.

As sobras de recursos financeiros de campanha serão utilizadas pelos partidos políticos, devendo tais valores ser declarados em suas prestações de contas perante a Justiça Eleitoral, com a identificação dos candidatos. Houve um retrocesso na modificação do parágrafo único deste artigo, pois a redação anterior afirmava que as sobras deveriam ser destinadas integral e exclusivamente para criação e manutenção de institutos ou fundação de pesquisa e de doutrinação política. Agora, a nova redação do parágrafo único estabelece apenas que as eventuais sobras de recursos financeiros de campanha serão utilizadas pelos partidos políticos, devendo tais valores ser declarados em suas prestações de contas perante a Justiça Eleitoral, com a identificação dos candidatos, sem fazer qualquer menção à destinação de sua utilização.

O Ministério Público exerce papel de grande magnitude na fiscalização da prestação de contas do pleito eleitoral. Por se tratar de interesse indisponível, defesa da ordem jurídica e do regime democrático, há o preenchimento de todos os requisitos que outorgam sua atuação. Cabe-lhe desempenhar um papel proativo, fiscalizando toda a documentação expedida pelos candidatos, as fontes de receitas e os gastos. Constatada qualquer irregularidade ou tipificação de ilícito, exige-se, sob as penas da lei, que ele tome as medidas cabíveis para a punição dos responsáveis.

Os documentos inerentes ao gasto de campanha necessitam ser conservados até cento e oitenta dias após a diplomação. Se estiver pendente qualquer processo de julgamento relativo às contas, a documentação a elas concernente deve ser conservada até decisão final.

A conservação exigida se mostra imperiosa para fornecer elementos fáticos às ações de investigação judicial eleitoral, que é um dos meios para a atestação da lisura do financiamento eleitoral. O prazo de cento e oitenta dias é relativo se houver processos atinentes à prestação de contas tramitando na esfera judicial.

2.2 REJEIÇÃO DE CONTAS

A falta de apresentação das contas partidárias impede a confecção da certidão de quitação eleitoral. Portanto, como consequência da ilação anterior, o candidato que não apresentou sua conta partidária não pode candidatar-se.

A sanção para os candidatos que descumprirem as normas pertinentes à prestação de contas é a rejeição de suas contas. Comprovando-se que houve captação de recursos ou gastos ilícitos na campanha por intermédio de ação judicial de investigação eleitoral, caracterizando abuso de poder econômico, apena-se o candidato com a perda do registro de candidatura ou de seu diploma, se já fora outorgado. Para tanto, exige-se impetração da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, e que ela se pronuncie pela ocorrência de abuso de poder econômico. Caso tal ação não seja impetrada, a simples rejeição de contas não provoca a cassação do diploma ou a perda de registro de candidatura.

O que significa que a rejeição de contas, por captação de recursos ou gastos ilícitos, foi de tal monta que provocou abuso do poder econômico, lesando o erário público e ferindo gravemente os princípios constitucionais de moralidade na administração pública.

O partido que descumpre os mandamentos expostos neste capítulo se sujeita a perder a cota do fundo partidário do ano seguinte, sem prejuízo de responderem os candidatos beneficiados por abuso do poder econômico. O lapso temporal que atinge as agremiações políticas é a perda da cota do fundo partidário respectivo pelo ano seguinte, não atingindo períodos posteriores,

e apenas atinge a instância partidária que cometeu a infração, restando as demais incólumes.

A sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, por desaprovação total ou parcial da prestação de contas do candidato, deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses, ou por meio de desconto, do valor a ser repassado, na importância apontada como irregular. Além do que, a sanção de suspensão não pode ser aplicada caso a prestação de contas não seja julgada, pelo juízo ou tribunal competente, após 5 (cinco) anos de sua apresentação.

Esse prazo estipulado, que não fazia parte da redação anterior à nova lei eleitoral, representa um lapso temporal dantes inexistente e impede delongas no julgamento da prestação de contas, configurando-se como peremptório para que não restem dúvidas sobre a licitude do financiamento da campanha.

Portanto, houve o disciplinamento no modo de aplicação da sanção imposta ao partido que descumprir as normas referentes à aplicação e arrecadação de recursos. A primeira determinação à aplicação da sanção é a obediência ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, que já era cobrada pela doutrina. A segunda determinação se refere ao prazo de duração da sanção de suspensão: de um a doze meses; assim, a determinação do tempo da suspensão não fica ao puro alvedrio do magistrado, que se deve ater aos limites impostos.

Em vez de se determinar a suspensão por determinado período, o magistrado também pode aplicar sanção de desconto da importância devida sobre o valor a ser repassado ao partido. Por fim, determinou-se a impossibilidade de aplicação de qualquer destas sanções quando a prestação de contas não for julgada, pelo juízo ou tribunal competente, após 5 (cinco) anos de sua apresentação.

Interessante destacar que a sanção imposta pela rejeição de financiamento das contas da campanha não implica necessariamente

caracterização do abuso de poder econômico. Para a tipificação do abuso de poder econômico, faz-se necessário um montante financeiro que destoe da média do valor aplicado nas demais campanhas. Outrossim, as contas podem ser rejeitadas pela ausência de formalidades consideradas essenciais, mas que não importam valores vultosos.

A Lei nº 12.034/2009 (BRASIL, 2009) eliminou a possibilidade de que a rejeição da prestação de contas pudesse acarretar a falta de quitação eleitoral, pelo prazo do mandato disputado. De acordo com a nova redação do art. 11, § 7º, da Lei Eleitoral, a certidão de quitação eleitoral exige a apresentação das contas da campanha eleitoral, sem obrigar que elas tenham sido aprovadas. Sua reprovação pode acarretar a suspensão do fundo partidário, a caracterização de abuso de poder político ou econômico, ou a tipificação do art. 30-A.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009*. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm>. Acesso em: 5 abr. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.216, de 2 de março de 2010*. Dispõe sobre a arrecadação de recursos financeiros de campanha eleitoral por cartões de crédito. Disponível em: <http://intranet.tse.gov.br/eleicoes/eleicoes2010/arquivos/Res-23216.doc>. Acesso em: 5 abr. 2010.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A INELEGIBILIDADE, FACE À REJEIÇÃO DE CONTAS (O ART. 1º, I, *G*, DA LC Nº 64/90, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC Nº 135/10)

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Juiz do TRF da 5ª Região. Juiz do TRE/PE. Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife da UFPE.

Trata da inelegibilidade por rejeição de contas, considerando a tese da inaplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 para as candidaturas nas eleições de 2010. Afirma que a referida lei representa avanço quanto à moralidade das eleições e ao afastamento da vida pública de indivíduos cujos *curricula vitae* recomendem tal limitação. Conclui que caberá ao Judiciário consolidá-la ou fazê-la definhar.

Palavras-chave: Eleições (2010); inelegibilidade; rejeição de contas; condenação criminal; Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, devem ser tecidas algumas considerações sobre a atuação das Cortes de Contas e o controle judicial sobre essa atividade[1].

O sistema brasileiro de controle sobre as contas públicas e sobre a legalidade e a constitucionalidade da atuação dos administradores públicos alcançou, com a Constituição Federal de 1988, extensão e densidade inexistentes em qualquer das Cartas Constitucionais precedentes.

---

[1]Cf. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Da necessidade de aperfeiçoamento do controle judicial sobre a atuação dos tribunais de contas visando assegurar a efetividade do sistema. *Revista do TCU*, nº 108, Brasília: TCU, 2007. p. 7.

Esse fato, de grande relevo, trouxe consigo consequências não menos importantes, relacionadas com a necessidade de efetividade e eficácia dos novos e ampliativos comandos constitucionais. O insucesso parcial na efetividade das normas e princípios constitucionais transformaria o Texto de 1988 em "constitucionalizador" de frustrações, muito mais que um assegurador de direitos e obrigações.

O singelo estudo que ora se apresenta é fruto da reflexão que se faz, a partir dessa preocupação, em relação à atuação das Cortes de Contas[2] no Brasil, à efetividade dessa ação, muitas vezes dificultada e esvaziada pelo controle judicial, necessário para cumprimento do art. 5º da CF/88, mas que, exercido de modo equivocado, além das balizas controladoras traçadas na Constituição, excessivo, imiscuindo-se no âmago do ato da Corte de Contas, deixando de ser ato de controle jurisdicional, para ser ato substitutivo, torna-se nocivo e postergador da efetivação do cumprimento dos papéis de outros órgãos constitucionais. Tal postura, comum e reiterada, do Judiciário brasileiro tem contribuído para a perda de eficiência, de eficácia e de efetividade dos controles exercidos pelos órgãos constitucionais especializados nas matérias das contas públicas e da regularidade e legalidade de atos e procedimentos administrativos no âmbito dos três Poderes.

A partir dessa constatação, urge buscar soluções para assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais que ampliaram as atribuições dos Tribunais de Contas, sobretudo em momento no qual se multiplicam os negócios jurídicos firmados pelo Estado, que abandona paulatinamente a sua vertente de empreendedor, de agente da atividade econômica, para ser incentivador, regulador, financiador de atividade exercida por particulares[3]. Surgem novas

[2]Expressão aqui utilizada para o conjunto representado pelo Tribunal de Contas da União, Tribunais de Contas dos Estados, Tribunais Estaduais de Contas Municipais e Tribunais de Contas dos Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro.

[3]"[...] sistematizando, de modo bastante simples, pode-se utilizar como ponto de partida o exame das funções básicas do Estado frente à atividade econômica e à alteração das prevalências ou prioridades. Essas funções podem ser divididas em três linhas, levando-se em conta o agir estatal: 1. O Estado como sujeito da atividade econômica, criando empresas sob seu controle, como as sociedades de economia mista, empresas públicas e respectivas

figuras, e novas facetas das antigas se desnudam, para controle a partir de novas perspectivas[4]. Essas ampliações, motivadas, inclusive, pela necessidade de controle principiológico (não se olvide a inserção de grande número de princípios, explícitos e implícitos, no vigente Texto Constitucional), alargam também o leque de possibilidades de choque de interpretações com outros órgãos constitucionais. Daí a premente necessidade de se definir os exatos campos de atuação de cada um, evitando-se descabidas superposições e repetições procedimentais, que só favorecem aqueles violadores da ordem jurídica, beneficiados, muitas vezes, por medidas pretensamente acautelatórias de direitos, mas, de fato, protetoras, por via indireta, de ilicitudes dos mais variados matizes[5].

---

subsidiárias; 2. O Estado como ente regulador, basicamente com o exercício da histórica atividade de polícia sobre as atividades econômicas, hoje ampliada para o campo da regulação normativa e da regulação administrativa (tendo, também, atividades de planejamento de caráter não vinculante para o setor privado); 3. O Estado exercendo atividades indutoras, através, por exemplo, de políticas fiscal e creditícia, no sentido de motivar atividades consideradas relevantes para o desenvolvimento econômico e social"(CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre a atividade do Estado frente à atividade econômica. *Revista Trimestral de Direito Público,* nº 20, São Paulo: Malheiros, 1997. p. 68).

[4]Nessa linha, ressurgem as concessões de serviços públicos regidas pela Lei nº 8.987/95. Assomam questões de alta complexidade, como as fórmulas de cálculo das revisões e reajustes de tarifas. Preocupam as inadequadas ações dos entes responsáveis pelas regulações setoriais, incapazes de responder e corrigir atos e omissões das concessionárias. Surgem as parcerias público-privadas (PPPs). Aparecem as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), utilizadas, muitas vezes, para mal uso de verbas de origem pública. Mostram-se as terceirizações excessivas, trilha para violação do art. 37, I e II, da CF/88. Em relação ao Tribunal de Contas da União, a sobrecarga de serviços decorre também das distorções no federalismo brasileiro, com a grande concentração de receitas em poder da União, sobretudo a partir da proliferação das contribuições (COFINS, CSLL, CPMF, CIDE etc.), gerando grande número de convênios para a execução de obras e serviços de âmbito municipal e estadual, sob controle do TCU.

[5]Acerca dos conflitos entre órgãos constitucionais, inclusive envolvendo Corte de Contas, nos principais ordenamentos europeus, merece consulta MONTORO, Angel J. Gomes. *El conflito entre órganos constitucionales.* Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1992.

2 BREVES LINHAS HISTÓRICAS SOBRE OS TRIBUNAIS DE CONTAS

Para bem se situar a questão que ora se pretende analisar, essencial se faz uma breve referência histórica à figura dos Tribunais de Contas.

O controle das contas públicas, em termos universais, ao menos em se considerando a "universalidade ocidental", sempre utilizada como referência, é algo bastante antigo.

No Brasil, já no Primeiro Império, "nossos estadistas lançaram as bases principais da contabilidade pública" (MILTON, 1898, p. 493). O projeto brasileiro, especificamente, de controle remonta ao ano de 1826, mas o surgimento de uma Corte de Contas levaria ainda várias décadas para ocorrer. Houve o Projeto Alves Branco, de 1845, que, apesar do parecer favorável da Comissão de Fazenda, não foi votado em plenário, e todas as pretensões posteriores no período imperial malograram[6].

O Tribunal de Contas da União só surgiria no nascedouro da República, e o grande nome que está a ele associado é o de Rui Barbosa (volva-se ao Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890). A Corte foi prevista no art. 89 da Constituição de 1891 e sua instalação se deu, em seguida, em 1893. Posteriormente, foi o Tribunal de Contas da União reestruturado. Veja-se:

> Em 1895 a Comissão de Finanças do Senado apresentou um magnífico projeto de reorganização, cuja estrutura se aproximava do regime belga, o qual modificado sem vantagens ou antes com prejuízo para a causa pública pela Câmara dos Deputados, se converteu no Decreto

[6]Ressalta MILTON, *op. cit.*, que: "Em 1878, 1879, 1888 os Ministros da Fazenda instaram baldadamente pela creação de um tribunal de contas, não tanto para acompanhar a execução dos orçamentos votados, mas principalmente para por um paradeiro á desordenada aplicação das verbas de despesa pública. A monarquia passou, no entanto, sem deixar mais que esses traços quase imperceptíveis da medida que, aliás, urgentemente se reclamava."

> nº 392, de 8 de outubro de 1896, regulamentado pelo Decreto nº 2.409, de 23 de dezembro do mesmo ano[7].

A Constituição de 1934 viria a acrescer competências ao Tribunal de Contas. O sempre lembrado Pontes de Miranda, acerca do tratamento dado a esse tema por aquela Constituição, destacava:

> A Constituição de 1934 considerou-o órgão de cooperação nas atividades governamentais. Ao antigo Tribunal de Contas – que a Constituição manteve (art. 99: *é mantido*) – o Texto de 1934 conferiu, assim, a mais, a atribuição de *julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos* em toda a sua extensão. O acréscimo, em vez de o tornar órgão cooperador do Poder Executivo, acentuou o *elemento judiciário* que já ele tinha, inclusive pelo modo de composição e garantias de seus membros (MIRANDA, 1970, p. 248)[8].

Defendia o grande publicista, quanto ao enquadramento da Corte de Contas, frente à teoria da tripartição de Poderes, que aquela seria órgão *sui generis* do Judiciário e órgão auxiliar do Legislativo. Em verdade, "criação posterior à teoria da separação dos Poderes e fruto da prática, destoava das linhas rígidas da tripartição" (MIRANDA, 1969, p. 248).

Castro (1936, p. 328), ao comentar a Constituição de 1934, já ressaltava que o modelo de Corte de Contas brasileiro, desde a Lei nº 392/1896, nunca se enquadrou, integralmente, em qualquer dos sistemas então existentes (o tipo italiano, de registro prévio e veto absoluto; o modelo belga, de registro prévio e veto limitado; o padrão francês, de registro *a posteriori*), havendo, em verdade, um sistema misto. Já naquela época, o citado autor apresentava

---

[7]CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado de sciencia da administração e direito administrativo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro Editor, 1912. p. 616 (algumas observações se impõem: *primus*, a ortografia foi atualizada; *secundus,* merece leitura o capítulo XIV da obra referida (p. 611 a 650), considerada a riqueza de detalhes e a condição do autor de Diretor do Tribunal de Contas).

[8]Com destaques acrescidos.

queixa, ainda hoje tão atual, acerca da revisão de atos das Cortes de Contas pelo Poder Judiciário[9].

A Constituição de 1937 não trouxe modificações, devendo-se ressalvar, tão somente, que o elemento fático representado pela ditadura funcionou como efetivo fator de inibição para quaisquer órgãos de controle judicial e extrajudicial.

De seu turno, a Constituição de 1946 não trouxe avanços em relação aos papéis dos Tribunais de Contas. Espínola (1946, p. 299) condensa-os do seguinte modo:

> É ao Tribunal de Contas que incumbe acompanhar e fiscalizar a execução do orçamento. Sua competência estende-se ao julgamento dos responsáveis por dinheiros públicos, assim como da legalidade dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões. Os contratos e quaisquer atos de que resulte a obrigação de pagar pelo Tesouro Nacional, estão sujeitos a registro no Tribunal de Contas. Em certos casos a recusa de registro tem caráter proibitivo; em outros casos a despesa se poderá efetuar, mediante registro

[9]Ressaltava Castro (*A nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 328 – destaques que não estão no original): "Referindo-se à cobrança executiva dos alcances fixados pelo Tribunal de Contas, escreve o Sr. José Mattos Vasconcellos: no que concerne a este caso, não é de hoje que a Justiça Federal tem posto entraves à execução das sentenças do Tribunal de Contas proferidas em acórdãos, em que fica perfeitamente definida a situação dos responsáveis. por ocasião do congresso jurídico realizado em 1908, o Dr Thomaz Chockrane, a propósito das dívidas provenientes de alcance, sufragou uma emenda, que se tornou vitoriosa, usando dos seguintes termos: "a sentença do Tribunal de Contas, condenando o responsável ao pagamento do alcance, tem um processo com execução perante a Justiça Federal e longe de ser simples cobrança de dívida é a execução judicial proferida por um tribunal federal, que na espécie, procede como órgão do Poder Judiciário independente e autônomo." Parecia esclarecido o assunto, senão quando o segundo Procurador da República em 1928, recebendo um acórdão condenatório, representou ao presidente do Tribunal de Contas para que se fizesse a inscrição da dívida fiscal e a remessa do título da dívida inscrita, ou da certidão autêntica extraída do livro respectivo, que provasse a liquidez e certeza da dívida, para efeito da Fazenda entrar em Juízo com sua intenção fundada de fato e de direito e assim realizar-se a cobrança judicial do alcance [...] como corrigir o desacerto? Simplesmente dando ao Tribunal a prerrogativa de executar suas próprias sentenças".

> sob reserva do Tribunal de Contas e recurso para o Congresso Nacional.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 representaram período de enfraquecimento das Cortes de Contas. Tal fato é destacado por Miranda (1970, p. 255), em seus comentários ao Texto Constitucional, quando ressaltou haver sido retirada

> quase toda a função *judiciária* do Tribunal de Contas. O Tribunal de Contas dá parecer prévio sobre as contas do Presidente da República [...] elabora seu regimento [...] representa ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional [...] susta a execução de ato, se não se trata de contrato, mas o Presidente da República pode ordenar que se execute, *ad referendum* do Congresso Nacional. Se a despesa é resultante de contrato, ele apenas solicita que o Congresso Nacional suste a execução do ato [...] A função judicialiforme do Tribunal de Contas diminuiu, porém não profundamente.

Em verdade, nesse período, as grandes restrições jurídicas aos direitos e garantias decorriam não do Texto Constitucional mas dos denominados "atos institucionais", capazes de suprimir direitos e garantias fundamentais sem estarem sujeitos ao controle judicial, ou qualquer outro controle jurídico. A existência de tais atos, cuja "melhor" expressão é o Ato Institucional nº 5, serviu de relevante fator de inibição para o exercício das atividades de quaisquer instituições responsáveis por controle externo da Administração Pública. Não subsiste tal tipo de controle em regime não democrático ou, quando existe, é apenas de índole formal. Exemplos marcantes desse fato, a história republicana brasileira os tem nos períodos de 1937/1945, pós-1964, até a segunda redemocratização.

3 OS TRIBUNAIS DE CONTAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 fortaleceu as Cortes de Contas. Tal se pode constatar, inicialmente, a partir da forma de composição. O art. 73 do Texto Constitucional, ao estabelecer que dois terços

dos membros do TCU seriam indicados pelo Congresso Nacional, enquanto o Presidente da República indica apenas um terço, sendo que dois, alternadamente, entre membros do Ministério Público junto ao Tribunal e auditores e apenas um membro a princípio estranho ao TCU, fortaleceu a Corte, em tese, assegurando-lhe maior autonomia em relação ao Executivo. Por outro lado, verifica-se uma paulatina e relevante ampliação das atividades do TCU e dos demais Tribunais de Contas do país, que têm aquele como natural e constitucional parâmetro, por força do disposto no art. 75 da CF/88[10].

Após esse longo percurso e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que se consolidaram as Cortes de Contas, pela importante contribuição que têm ofertado à proteção da coisa pública.

Com competência reconhecida para apreciar a constitucionalidade de leis e os atos do Poder Público (Súmula nº 347 do STF), determinando, quando for o caso, medidas acautelatórias, os Tribunais de Contas viram suas atribuições estendidas para além das discussões acerca da legalidade, da efetivação do controle contábil, financeiro e orçamentário, emergindo a competência fiscalizadora, fundada em razões de legitimidade e de economicidade.

A ampliação de atuação gerou, de seu turno, o aprofundamento dos debates acerca dos possíveis vínculos entre as demais estruturas de poder (e controle pressupõe exercício de poder) na otimização da ação e, particularmente, acerca da

[10]Dúvida não há de que, por força dos arts. 31 e 74 da CF/88, há uma imposição aos Estados e ao Distrito Federal no sentido da criação de Tribunais de Contas, que têm obrigatoriamente 7 (sete) conselheiros. Pertinente a crítica de José Afonso da SILVA (*Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 471), ao destacar: "Não importa que um Estado tenha 35 milhões de habitantes e uma administração muito complexa e outro tenha apenas 300 mil habitantes, com administração mais simples. São 7 os membros, e acabou. Não são até 7. São 7, mesmo que o Estado ache muito". Poder-se-ia acrescentar: mesmo que seja muito pouco, como é o nítido exemplo de São Paulo, ainda que se conte o Município Capital com uma Corte de Contas.

possibilidade, em especial, de controle do controle, a dizer, de controle jurisdicional das decisões dos Tribunais de Contas.

A Constituição de 1988 representou uma nova era para as instituições responsáveis pelo controle externo da Administração Pública. Em muitos casos, entretanto, essa nova fase não alcançou o nível de efetividade que seria desejável. A retórica foi predominante, e a pretensão de preenchimento de espaços por instituições valorizadas, em fase de expansão, gerou muitos conflitos. Nessa linha, pode-se utilizar como exemplo a situação do Ministério Público[11].

Há, nessa mesma senda, a necessidade de aprimorar-se a atuação das Cortes de Contas, aperfeiçoar suas ações, torná-las mais efetivas, menos teóricas, menos retóricas, menos cerceadas pelo Poder Judiciário.

É relevante observar que a expressão *contas*, no art. 71 da CF/88, abrange o conjunto de atos que implicam em gastos, utilização de recursos, enfim, tudo aquilo que onera, obriga, tem efeitos financeiros para o conjunto do ente político (inciso I); e, também, os atos e negócios jurídicos em sentido amplo, dos administradores e demais responsáveis pelo dinheiro, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, incluindo-se nesse conceito os dirigentes, inclusive mandatários dos três Poderes do Estado. Nesse sentido, expressamente decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238-MC, em 12/9/2008, onde se evidencia que a aludida expressão contas,

[11]Observem-se os conflitos do Ministério Público com as autoridades responsáveis pelo exercício da Polícia Judiciária, acerca dos poderes de investigação criminal (matéria pendente de apreciação pelo STF); da pretensão daquele órgão, acerca das quebras de sigilo fiscal, de telecomunicações; da aspiração de ajuizamento de ações coletivas para proteção, não apenas de direitos difusos e coletivos, mas também para resguardo de direitos individuais homogêneos.

> constante do *caput* do artigo, daqueles cálculos decorrentes da atividade financeira dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos, que somente poderão ser objeto de julgamento pelo Tribunal de Contas competente. Inciso II, do art. 71 da Constituição (BRASIL. STF, 2009, p. 647).

Ou seja, nas situações previstas, no julgamento dos atos referidos no citado dispositivo, a manifestação das Cortes de Contas não está sujeita ao crivo do Legislativo, diferentemente da hipótese do inciso I, do citado comando normativo (art. 71).

4 A REVISÃO JUDICIAL DA ATUAÇÃO DAS CORTES DE CONTAS: O MODELO BRASILEIRO

Por outro lado, constata-se, estatisticamente, que, embora seja relevante o controle judicial sobre os entes da Administração Pública, inclusive das Cortes de Contas, tal, muitas vezes, vem funcionando como mecanismo para evitar que maus administradores deixem de sofrer as sanções legais.

No modelo brasileiro, diferentemente de outros, como Portugal, as intervenções judiciais são extremamente amplas. Ali, o Tribunal de Contas foi inserido expressamente no sistema judicial, por força do art. 211 da Constituição vigente naquele país. Comentando, aquele dispositivo, Canotilho e Moreira (1993, p. 805) ressaltam que lá:

> o sistema judicial não é unitário, sendo constituído de várias ordens de tribunais, separadas entre si, com a sua estrutura e regime próprios. Duas dessas categorias compreendem apenas um tribunal (o tribunal constitucional e o tribunal de contas); as demais ordens abrangem uma pluralidade de tribunais estruturados hierarquicamente.

Ressalte-se, ainda, que o art. 216 daquela Constituição estabelece que o Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento

das contas que a lei mandar submeter-lhe, possuindo funções jurisdicionais e de outra natureza[12].

No Brasil, o caráter não jurisdicional da atuação das Cortes de Contas leva as decisões por elas tomadas a uma ampla revisão judicial. Não há como se olvidar, entretanto, que o ativismo judicial, no Brasil, vem atingindo seu auge e a tal não vem correspondendo um efetivo aprimoramento da Administração Pública. Leciona-se, hodiernamente, que:

> o subsistema de controles da Administração Pública brasileira pode ser geometricamente ilustrado por uma pirâmide em cujo vértice se encontra o controle judicial, na medida em que nossa Constituição adota o sistema de jurisdição única, no qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, seguindo-se que todo ato jurídico praticado no âmbito da função administrativa estatal, em qualquer das esferas e poderes, incluindo os órgãos de controle, das demais vertentes, estará sujeito ao controle judicial (PEREIRA JÚNIOR, 2005, p. 89).

5 NOTA SOBRE DISTORÇÕES DO CONTROLE JUDICIAL

Ressalta-se, inclusive, que, muitas vezes, o Judiciário funciona como indevido instrumento para evitar a efetividade das decisões das Cortes de Contas.

Se, por um lado, por vezes, as aprovações de contas de administradores têm-se mostrado equivocadas – o que se constata, em alguns casos, nas ações de improbidade, nas ações civis públicas movidas pelos órgãos do Ministério Público –, em outras tantas circunstâncias, o Judiciário vem funcionado como palco para que autores de alcance contra o Erário Público, responsáveis por aplicações irregulares de verbas, furtem-se de assumir as decorrentes obrigações, ou pelo menos procrastinem ao máximo o cumprimento dessas deveres. Nesse ponto, mostram-se precisas

[12]Cf. CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.* p. 818.

e pertinentes as assertivas de Krell (2004, p. 48), a teor do seguinte excerto:

> [...] o antigo discurso da pretensa identificação da única solução justa pelos tribunais, através de um processo pretensamente neutro e meramente intelectivo, pode até servir para legitimar tomadas de decisões tendenciosas, resultantes de interesses subalternos, que num sistema alopoiético como o brasileiro, sempre agem de maneira poderosa. Além disso, a discussão sobre os devidos limites da sindicância judicial dos atos administrativos discricionários deve ser acompanhada por uma análise jurídico-funcional da capacidade real dos juízes de controlar a aplicação de certos tipos de conceitos legais indeterminados nas diferentes áreas setoriais da Administração Pública [...] a justificada cobrança de um controle mais efetivo dos atos administrativos a ser exercido pelos tribunais em defesa dos direitos e garantias fundamentais, não deve chegar ao ponto de querer atribuir todo poder aos juízes, sendo ingênuo pensar que as relações de poder econômico e político estratificadas numa sociedade (ainda) periférica e a falta de qualificação profissional não se reproduziriam também no âmbito do Terceiro Poder.

6 INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS: A TESE DA INAPLICABILIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N° 135/10 ÀS CANDIDATURAS POSTAS PARA 2010

Em relação à inelegibilidade, em decorrência de rejeição de contas, por força de decisão de Cortes de Contas e de seus efeitos para a pretensão de participação de candidatos, em pleitos eleitorais, várias modificações ocorreram por força da Lei Complementar n° 135/10, todas salutares, com efetividade a depender da atuação do Poder Judiciário.

Algumas observações, nessa contextura, sobre temas relacionados, devem ser tecidas, ainda que com brevidade. A primeira delas é pertinente à aplicação da Lei Complementar n° 135/10 às candidaturas postas para o ano de 2010.

A tese da inaplicabilidade foi corretamente afastada pelo Tribunal Superior Eleitoral. Aqui não se cuida de lei processual eleitoral, mas de norma de conteúdo material, requisito para participar de pleitos eleitorais passivamente. Essa mesma discussão já ocorreu no passado. A referida lei complementar, que alterou a Lei Complementar nº 64/90, foi expedida, com base no comando constitucional inserido no art. 14, § 9º, com a redação dada pela Emenda de Revisão nº 4/94, visando à proteção da *probidade administrativa, da moralidade para o exercício do mandato, observada a vida pregressa do candidato, e da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração Direta ou Indireta.*

É de extrema limitação, ou conveniência, a pretensão de excluir da presente eleição a citada lei e, evidentemente, essa ideia não se coaduna com a melhor interpretação constitucional.

7 A LEITURA DO ART. 14 DA CF/88: NOVAS HIPÓTESES E SITUAÇÕES CARACTERIZADORAS DE INELEGIBILIDADE

O segundo aspecto a se considerar, também de igual pauperismo, é a pretensão de olvidar que o art. 14 da CF/88 possibilita à lei complementar a extensão, a ampliação, observados os parâmetros constitucionais, de novas hipóteses e situações caracterizadoras de inelegibilidade.

Nessa linha, o legislador determinou a aplicação, também aos mandatários, do disposto no art. 71, II, da CF/88, hipótese em que o ato das Cortes de Contas, conforme já salientado, não está sujeito ao crivo político de Casas Legislativas e, na qual, a atuação da Corte não é opinativa. Como bem vem ressaltando a melhor doutrina, na hipótese desse inciso, está-se diante de um julgamento técnico, da regularidade da atuação do gestor, servidor público ou agente político[13]. A atuação das Cortes de Contas, nesse papel

[13]Nessa linha, dentre outros, AGRA, Walber. *Curso de Direito Constitucional.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 451.

constitucional, repita-se, não está sujeita à chancela de qualquer Casa Legislativa.

Por outro lado, a nova lei complementar, ao referir-se, com a alteração dada ao art. 1º, I, *g*, da Lei Complementar nº 64/90, a ato doloso de improbidade administrativa, não exige, nem limita, o reconhecimento de atos de improbidade àquelas situações em que as Cortes de Contas, expressamente, reconheceram tal condição. *O que é relevante é que a conduta descrita se insira em uma das hipóteses de improbidade.* Não é o rótulo. Se assim fosse, o Judiciário estaria limitado em sua apreciação valorativa. Não são poucas as situações em que Cortes de Contas reconhecem irregularidade grave, caracterizadora de ações com aquela adjetivação, mas não se manifestam explicitamente, ou seja, não rotulam tal condição. Não significa que as mesmas não ocorreram.

Em outro vértice, não se deve atribuir a órgãos legislativos o condão de afastar tal caracterização. Tal mesquinha interpretação, lançando para as, muitas vezes, cooptadas e sem autonomia, Câmaras de Vereadores, por exemplo, reconhecerem tal caracterização, seria hilariante, se não fosse trágico, em suas consequências. Deve o Judiciário, responsável e isento, verificar as situações e decidir, sempre tendo como baliza de orientação aqueles valores jurídicos indicados no art. 14, § 9º, da CF/88.

8 O PERÍODO DE QUARENTENA ANTE A CONDENAÇÃO CRIMINAL

Outro aspecto relevante diz com a ampliação do período de quarentena, face à condenação criminal. A Lei Complementar nº 64/90 fixava em 3 (três) anos e a Lei Complementar nº 135/10 estabelece, tal período, em 8 (oito) anos. Não se pode vislumbrar nessa modificação qualquer retroatividade ou lesão a direito. Ampliou-se o universo da vida pregressa pesquisada, e, quando aconteceu, só havia expectativa de candidaturas, e não candidaturas, ao menos escolhidas em convenções.

Nos termos da nova lei, *exempli gratia,* o prazo de 8 (oito) anos é aplicável, dentre outras situações, aos que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos seguintes crimes:

> a) contra a economia popular, a fé pública, a Administração Pública e o patrimônio público;
>
> b) contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
>
> c) contra o meio ambiente e a saúde pública;
>
> d) eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
>
> e) de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
>
> f) de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
>
> g) de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
>
> h) de redução à condição análoga à de escravo;
>
> i) contra a vida e a dignidade sexual; e praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

A posição perfilhada por alguns de que a inelegibilidade é *pena acessória* de condenação e, por conseguinte, o condenado anteriormente teria inelegibilidade de 3 (três) anos e não de 8 (oito), é outra tese que merece ser rechaçada, por confundir figuras jurídicas absolutamente diversas. Nessa linha, já se posicionou, corretamente, o colendo Tribunal Superior Eleitoral, em consulta da relatoria do Ministro Arnaldo Versiani. Ressaltando, como o fazem, Velloso e Agra (2010, p. 74): "os requisitos inerentes à

condição de elegibilidade devem ser demonstrados quando do registro de candidaturas". A lei complementar pode alterar os requisitos; poderia até, em tese, alguém que foi eleito, não mais poder ser elegível, com a mudança dos parâmetros, sempre nos limites fixados pelos princípios e regras constitucionais.

9 CONCLUSÃO

A Lei Complementar nº 135/10 representa um relevante avanço, no tocante à moralidade das eleições e ao afastamento da vida pública de indivíduos cujos *curricula vitae* recomendem tal limitação. Caberá ao Judiciário, no exame da constitucionalidade dos dispositivos da norma jurídica referida, através de uma adequada interpretação, consolidá-la e lapidá-la, ou, ao revés, fazê-la definhar.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo.* 2. ed. Brasília: STF, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 3. ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTRO, Araújo. *A nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado de sciencia da administração e direito administrativo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Liv. Ed., 1912.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Da necessidade de aperfeiçoamento do controle judicial sobre a atuação dos tribunais de contas visando assegurar a efetividade do sistema. *Revista do TCU*, nº 108, Brasília: Editora do TCU, 2007.

_____. Reflexões sobre a atividade do Estado frente à atividade econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 20, São Paulo: Malheiros, 1997.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A nova Constituição do Brasil*: Direito Político e Constitucional brasileiro. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1946.

KRELL, Andreas. A recepção das teorias alemãs sobre conceitos jurídicos indeterminados e o controle da discricionariedade no Brasil. *Interesse Público*, nº 23, 2004.

MILTON, Aristides A. *A Constituição do Brasil*: noticia histórica, texto e comentário. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a EC nº 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. t. 3.

MONTORO, Angel J.Gomes. *El conflito entre órganos constitucionales*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1992.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da Administração Pública*: da legalidade estrita à lógica do razoável. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VELLOSO, Carlos Mário; AGRA, Walber. *Elementos de direito eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

NOÇÃO DE POVO NA CONSTITUIÇÃODE 1988

Palhares Moreira Reis

Professor Emérito da Universidade Federal de Pernambuco. Professor Catedrático Honorário da Universidade Moderna de Portugal. Professor de Direito Eleitoral da Faculdade de Olinda. Doutor em Direito. Advogado.

Analisa os conceitos dos vocábulos população, nação e povo, brasileiro, eleitor e cidadão/cidadania, buscando apresentar a exata noção de como a questão foi entendida pelo Constituinte ao formular o texto constitucional. Explica que, quando se fala em cidadão na Constituição Federal, refere-se ao nacional devidamente inscrito no corpo eleitoral, ou seja, o eleitor é o nacional e cidadão formalmente alistado e inscrito no eleitorado, com os direitos e deveres prescritos na Carta Magna.

Palavras-chave: Conceito; vocábulo; povo; cidadão; cidadania; eleitor; Constituição Federal.

A Democracia, na expressão consagrada por Abraham Lincoln, é considerada o *governo do povo, pelo povo e para o povo*[1]. Na Constituição brasileira de 1988, atualmente em vigor, a expressão *povo* surge por diversas vezes, dando uma explicação mais nítida de como se deve considerar o mencionado regime político. Ademais, também vêm no Texto Magno as expressões *brasileiro, eleitor* e *cidadão,* que igualmente deverão merecer uma explicação, a fim de que se possa ter a exata noção de como o Constituinte entendeu a questão. O mesmo se aplica com a expressão *população.*

---

[1]Cfr. a respeito do tema Democracia: REIS, Palhares Moreira. *Teoria dos regimes políticos*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1982. p. 71 (Fundamentos da Ciência Política, 4); igualmente, REIS, Palhares Moreira. *As eleições indiretas no Brasil*, cit., p. 599 e ss., especialmente, p. 620, e o capítulo sobre Regimes Políticos. Ainda REIS, Palhares Moreira. *Condições para o exercício do sufrágio*: um esboço de sistematização didática. Recife: Universidade do Recife, 1958.

São distintas as noções de *população, nação* e *povo.* A população é uma noção de ordem numérica, de caráter geográfico; representa apenas a presença de indivíduos num Estado, sejam nacionais, sejam estrangeiros, e não deve ser confundida com as noções de Nação e de Povo. A população compreende os cidadãos e os não possuidores dos direitos civis e políticos, sejam estes nacionais ou estrangeiros, ou mesmo classificáveis em outras categorias pouco encontráveis nos tempos atuais, como a dos escravos.

Vale acrescentar que o conceito de cidadania deixou de ser estritamente político para ter um sentido social e ademais variou no tempo. Atualmente, "ora ela é tratada como nacionalidade, ora traz em si juízos de valor, aparecendo associada ao aspecto positivo da vida social do homem, em contraste com a negatividade da não-cidadania, a marginalidade" (FERREIRA, 1993, p. 19). Hoje em dia não se fala, apenas, na cidadania *política,* mas com esta noção ampliada, podemos nos referir a uma cidadania que seja, ao mesmo tempo *civil, política* e *social,* deixando de tratar de uma situação abstrata, e partindo para uma referência a posições concretas, a exigências de homens reais, uma concepção mais próxima do marxismo do que do liberalismo dos iluministas.

Assim, pois, a cidadania identifica um indivíduo dentro de uma determinada sociedade. Neste aspecto, se confunde com a noção primeira de nacionalidade e se formaliza com o seu registro de nascimento[2]. O cidadão é um indivíduo que pertence a uma sociedade específica e, dentro desta, a uma determinada classe social. O *não-cidadão* é o indivíduo que vive na marginalidade, que

[2]Por isso, há preocupação dos governos em ofertar mecanismos que facilitem os registros de nascimento. No Brasil, pela Constituição de 1988, *são gratuitos, para os reconhecidamente pobres, na forma da lei (a) o registro civil de nascimento e (b) a certidão de óbito*, como diz o inciso LXXVI do art. 5º da Constituição de 1988. Mais recentemente, a Lei nº 9.534, de 10/12/1997, determinou que a regra se aplicasse a todos, indistintamente, ao alterar a Lei de Registros Públicos (nº 6.015, de 31/12/1973), dando a seguinte redação ao art. 30:
Art. 30. Não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela primeira certidão respectiva.
§ 1º Os reconhecidamente pobres estão isentos de pagamento de emolumentos pelas demais certidões extraídas pelo cartório de registro civil. (Os demais parágrafos do art. 30 são operativos).

não tem condições de participar adequadamente do processo de vida social e política e, muito menos, do mecanismo de decisão, especialmente o da escolha do governante.

O conceito atual de cidadania, para Marshall (1988, p. 9), pode ser dividido em três elementos, ou partes, que podem ser denominadas de *civil, política* e *social*, e que se impuseram na vida social em épocas sucessivas.

> O *elemento civil* é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual.
>
> Por *elemento político* se deve entender o direito de participar no exercício do Poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e os conselhos de Governo local.
>
> O *elemento social* se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais.

Em princípio, as Constituições modernas estabelecem as cartas de direito, pelas quais se protege os direitos de todos os participantes da população, sejam nacionais (eleitores ou não), sejam estrangeiros residentes no País. A Constituição Brasileira de 1988 inaugura a Declaração de Direitos e Deveres Individuais e Coletivos com o mecanismo assecuratório ora referido[3].

[3]Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

Importa, ademais, distinguir entre *nação,* grupo de indivíduos de origem homogênea em seus aspectos culturais, e *povo,* parcela dos nacionais que detêm a possibilidade do exercício da decisão política (REIS, 1979, p. 47), como se verá adiante.

Desde que a Democracia é uma expressão conotada à de *povo,* deve haver uma pesquisa sobre o que se entende como *povo,* na Constituição brasileira de 1988.

O primeiro momento em que a expressão *povo* aparece no texto constitucional é no parágrafo único do art. 1º, quando fala que a origem do Poder político do Estado brasileiro está no povo, e diz como este poder é exercido, *verbis:*

> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Dita regra, contendo o germe da Democracia semidireta que se explicita no art. 14, modificou a explicitação contida no art. 2º do Código Eleitoral, elaborada em consonância com a Constituição de 1946, onde a ênfase estava na Democracia representativa, e a eleição indireta já existente para o Presidente da República se prenunciava para os Governadores dos Estados:

> Art. 2º Todo poder emana do povo e será exercido, em seu nome, por mandatários escolhidos, direta e secretamente, dentre candidatos indicados por partidos políticos nacionais, ressalvada a eleição indireta nos casos previstos na Constituição e leis específicas.

No *caput* do artigo se esclarece que o Brasil é uma república federativa, constituída em Estado Democrático de Direito, e apresenta os fundamentos deste[4].

[4]Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – a soberania;
II – a cidadania;
III – a dignidade da pessoa humana;
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

No texto seguinte, o do art. 45, distingue-se a composição da Câmara dos Deputados, formada por representantes do *povo*[5], daquela do Senado Federal, com representantes dos Estados e do Distrito Federal. Na verdade, a Câmara dos Deputados tem como base de cálculo para a representação de cada circunscrição, não os membros do *povo*, os eleitores, como foi pela EC nº 1 à Constituição de 1967 (Constituição de 1969)[6], mas toda a população, como sempre ocorreu desde o Império[7], levando-se em consideração o resultado dos censos demográficos.

O bem geral do *povo* brasileiro é uma das mais importantes missões do Governo, a ponto de haver a exigência constitucional que o Presidente e o Vice-Presidente da República prestem compromisso neste sentido[8]. O mesmo compromisso não está exigido dos congressistas, nem na Constituição, nem nos regimentos das casas respectivas.

A Constituição fala de *população* direta e indiretamente. Indiretamente, quando no *caput* do art. 5º se refere aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, como protegidos pelo sistema. Trata igualmente de brasileiros quando fixa as normas relacionadas com a nacionalidade, distinguindo os brasileiros natos dos brasileiros naturalizados[9]. E, dentro do preceito maior de igualdade, diz que não poderão ser estabelecidas distinções entre brasileiros natos e naturalizados, salvo as fixadas na própria Constituição. Ser brasileiro é exigência constitucional para ocupar cargos públicos específicos, como os de membros dos Tribunais Superiores, inclusive do Tribunal de Contas da União, e no que concerne aos cargos públicos em

---

V – o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[5]Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

[6]EC nº 1, art. 39, § 2º. O número de deputados por Estado será estabelecido em lei, na proporção dos *eleitores nele inscritos*, conforme os seguintes critérios: [...]

[7]Diz o § 1º do art. 45. O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido em lei complementar, proporcionalmente *à população*...

[8]Art. 78 O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

[9]Art. 12 da Constituição.

geral, a regra de 1988, que os tornava privativos de brasileiros, foi temperada pela EC nº 19, admitindo-se a possibilidade de seu provimento por estrangeiros, na forma da lei.

Cuida também da população quando estabelece a necessidade de uma consulta plebiscitária para a alteração do mapa político, exigindo plebiscito das *populações* interessadas para a alteração, por incorporação, subdivisão, desmembramento ou anexação, de Estados e de Municípios[10]. No caso, porém, fala em população interessada, mas quem é consultado é o grupo de eleitores regularmente inscritos perante a Justiça Eleitoral e vinculados à área em questão, e não todos os habitantes das áreas que sofrerão desmembramento ou fusão.

Ainda a Constituição se refere, em várias passagens, às *populações* indígenas, as *populações* urbanas e rurais e fixa como base da representação em todas as Câmaras (salvo o Senado Federal), o tamanho da população.

A *nação,* grupo tipicamente comunitário, é formada de indivíduos dotados, quase sempre, de um conjunto de fatores comuns, de base natural ou cultural, como a raça, a língua, a religião, os costumes. E também pelas tradições de caráter histórico e pelos desejos de realização de objetivos comuns. O sentimento nacional, laço natural criador da comunidade, resulta de um traço de união entre o passado (tradições) e o futuro (as

---

[10]Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...]
§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.
§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei (redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 12/9/1996).

aspirações, o sonho do futuro partilhado entre os membros do grupo)[11].

Daí porque a Constituição, sabiamente, estabeleceu que o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do *povo* brasileiro[12]. E bem assim assegura ao *povo* o direito a viver num meio ambiente equilibrado[13]. No entanto, quando usa a expressão povo nessas passagens, está se referindo, no primeiro caso, à nação, no segundo, à população.

O *povo* é uma parcela do grupo nacional que detém a possibilidade do exercício da decisão política, decisão esta que pode ser tomada dentro ou fora dos parâmetros constitucionais. Daí a necessidade de se fazer, imediatamente, uma distinção entre a noção política e a noção jurídica de povo.

Dependendo da concepção política adotada especificamente, a noção de *povo* pode se identificar com a totalidade da Nação, ou com uma das parcelas que a compõe, uma classe social, como os trabalhadores, por exemplo. Tal parcela é habilitada a exercer o Poder, dentro, fora ou mesmo contra o sistema jurídico existente, interferindo na alteração da ordem jurídica e da mudança dos governantes pelas vias legais e pela via revolucionária.

---

[11]O ideal de vida em comum é o elemento mais importante para a sedimentação do sentimento nacional, sobretudo se for levado em conta o fato de existirem Estados compreendendo mais de uma Nação, como a Bélgica ou o Canadá, onde convivem membros de duas origens nacionais; ou a Suíça, com nações inteiramente distintas em suas origens raciais, linguísticas, culturais e religiosas. Acresça-se a este grupo os multinacionais representados pela extinta União Soviética e pela Índia, cada qual com mais de uma centena de nacionalidades, de origens diversas e estágios culturais inteiramente díspares. Não esquecer a união de povos distintos para a formação da Iugoslávia, cujo desaparecimento formal veio a causar uma das mais cruentas guerras de fundamento étnico da atualidade.

[12]Art. 242, § 1º.

[13]Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Do ponto de vista jurídico e político, a noção de Povo se relaciona com o grupo que manifesta sua decisão política através do processo legalmente estabelecido, no caso democrático através do sistema de sufrágio. Então, a noção de *Povo* se confunde com a de *Eleitorado,* uma vez que só os eleitores estão aptos a oferecer, pela via legal (eleição, plebiscito, referendo), a decisão política em cada caso (REIS, 1979, p. 46 e ss).

Se bem que, como foi dito, a noção de cidadania é, hoje, muito mais ampla, quando a Carta Magna fala em cidadão vincula o termo à noção política, entendendo como cidadão o nacional inscrito na lista eleitoral.

Há, sempre, além da confusão entre os termos *população, nação* e *povo,* que por vezes são utilizados indistintamente, outras mais, com as noções de *eleitor* e de *cidadão.*

A rigor, a expressão constitucional *cidadão* é confundida com a voz *eleitor,* ou seja, somente se considera a noção jurídico-política, e não os demais aspectos da cidadania. Então, quando fala em cidadão, o texto constitucional está se referindo ao nacional devidamente inscrito no corpo eleitoral[14].

Assim, pois, vê-se que qualquer *cidadão* pode defender o patrimônio público através da ação popular prevista no art. 5º, LXXIII[15]; ou denunciar desmandos perante o Tribunal de Contas da

[14]Em aberto a questão de considerar a noção de cidadania de modo amplo, no que concerne às possibilidades de ação como as ora descritas. Há quem defenda que esse direito de ação é ampliado para atender a todos quantos se enquadrem na noção sociológico-política de cidadão, enquanto outros permanecem fiéis ao entendimento de que os cidadãos, no caso, são apenas os que possam provar a condição de eleitor em dia com as obrigações eleitorais, grupo no qual se encontra o Autor destas linhas,

[15]Art. 5º [...] LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

União[16]; pode ser chamado a depor perante Comissão do Congresso Nacional ou de suas Casas[17].

O eleitor é o nacional e cidadão formalmente alistado e inscrito no Corpo Eleitoral – ou eleitorado. Não podem participar do corpo eleitoral, por exemplo, os estrangeiros[18]. Nos Municípios, a eleição de Prefeito e de Vice-Prefeito pode ocorrer em dois turnos, quando a comunidade contar mais de duzentos mil eleitores[19]. E cinco por cento do eleitorado municipal tem direito à iniciativa legislativa popular[20].

Já no âmbito nacional, a iniciativa legislativa popular é dada a 1% do eleitorado nacional[21].

Finalmente, os Constituintes pensaram na necessidade de que todos os cidadãos tivessem conhecimento do texto da Constituição de 1988, determinando a distribuição deste a todos os cidadãos brasileiros[22].

---

[16]Pelo § 2º do art. 74, no sistema de controle das finanças públicas, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

[17]No § 2º do art. 58 diz que às comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, em razão de matéria de sua competência, cabe (V) solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão.

[18]Art. 14. [...] § 2º Não podem alistar-se como *eleitores* os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

[19]II – eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas às regras do art. 77 no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores.

[20]XIII – iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado (Item renumerado pela Emenda Constitucional nº 1, de 31/3/1992).

[21]Art. 61, § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

[22]No art. 64 do ADCT se determina que a Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição,

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Nilda Teves. *Cidadania, uma questão para a educação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 19.

MARSHALL, T. H. *Cidadania e classe social*. Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1988. p. 9. (Leituras sobre cidadania, v. 1).

REIS, Palhares Moreira. *Condições para o exercício do sufrágio*: um esboço de sistematização didática. Recife: Universidade do Recife, 1958.

_____. *As eleições indiretas no Brasil.* Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1999. p. 599 e ss. (Fundamentos da Ciência Política, 2).

_____. *O estado e seu ordenamento jurídico*. 2. ed. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1979. p. 47. (Fundamentos da Ciência Política, 3).

_____. *Teoria dos regimes políticos*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1982. p. 71. (Fundamentos da Ciência Política, 4).

que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil.

A ORIGEM DO SISTEMA ELEITORAL PROPORCIONAL NO BRASIL

Gilberto Bercovici

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Traça um histórico sobre o surgimento do sistema proporcional brasileiro, fundamentado em três pilares: mandato livre e independente; interesses gerais e não locais; e governo da maioria. Esclarece que a representação proporcional gera a distorção do próprio princípio representativo. Informa que o Código Eleitoral (1932) foi inspirado na obra *Democracia representativa*, de Assis Brasil, suporte à maneira como foi implantado o sistema proporcional no Brasil. Enfatiza a principal promessa da Revolução de 1930 como a de sanar os vícios na representação política. Conclui afirmando: o cerne dos conflitos ocorridos entre 1934 e 1937 foi centralização *versus* autonomia estadual. A radicalização da luta entre os integralistas e os comunistas facilitou a reunião dos setores dominantes e revolucionários, aliados no apoio ao Estado Novo.

Palavras-chave: Sistema eleitoral; proporcionalidade; Código Eleitoral (1932); Assembleia Constituinte (1932-1934); representação classista; modelo representativo liberal; Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Os sistemas de representação proporcional são reconhecidos como os mais representativos, reproduzindo melhor a vontade do eleitorado ao permitir a representação das minorias (GAGGIANO, 1987, p. 200-202). Apesar disso, a superioridade dos sistemas majoritários é apregoada no tocante à estabilidade política. De acordo com várias análises, os sistemas proporcionais conduzem ao multipartidarismo, o multipartidarismo à fracionalização eleitoral e partidária e estas à instabilidade política (SANTOS, 1987, p. 55)[1]. Os

[1]Para uma análise aprofundada sobre o tema, vide RAE, Douglas W. *The political consequences of electoral laws*. London: Yale University Press, 1971. p. 148-176.

sistemas proporcionais são "fórmulas de traduzir votos em cadeiras parlamentares de modo tal que, ultrapassado certo limite mínimo de peso eleitoral, todas as nuances de preferência do eleitorado se convertam em poder parlamentar na proporção aproximada de suas respectivas densidades eleitorais. Intuitivamente, supõe-se que quanto maior o eleitorado, maior a dispersão das preferências e quanto menos exigentes os requisitos legais para a constituição jurídica de partidos, maior a tendência a que a dispersão das preferências se traduza em rótulos partidários" (Op. cit., p. 62). Um sistema proporcional perfeito é aquele em que os partidos obtêm um percentual em cadeiras igual ao percentual de votos. Na prática, é impossível um sistema proporcional perfeito. Os sistemas de representação existentes têm-se afastado, em maior ou menor grau, desse ideal, gerando as desproporcionalidades (NICOLAU, 1991, p. 99). A representação proporcional possui o grave problema de muitas vezes gerar a distorção do próprio princípio representativo. A representação proporcional, na realidade, é proporcional até certo ponto; daí em diante é uma distribuição política (FRANCO, 1981, p. 18-19).

No Brasil, a tradição política no tocante à representação gira em torno de três ideias fundamentais. A primeira é a do mandato livre e independente, isto é, de que os representantes, ao serem eleitos, não têm nenhuma obrigação, necessariamente, para com as reivindicações e os interesses de seus eleitores. O representante deve exercer seu papel, com base no exercício autônomo de sua atividade, na medida em que é ele quem possui a capacidade de discernimento para deliberar sobre os verdadeiros interesses dos seus constituintes. A segunda ideia é a de que os representantes devem exprimir interesses gerais, e não interesses locais ou regionais. Os interesses nacionais seriam os únicos e legítimos a serem representados. Em terceiro, o princípio de que o sistema democrático representativo deve basear-se no governo da maioria. Praticamente todas as leis eleitorais que vigoraram no Brasil buscaram a formação de maiorias compactas que pudessem governar. Por causa dessas duas grandes ideias, abandonou-se no Brasil a tradição do sistema majoritário (que vinha desde o

Império) para a instituição, em 1932, do sistema proporcional (FRANCO, 1981, p. 85-86; KINZO, 1980, p. 112-117).

2 ASSIS BRASIL E O CÓDIGO ELEITORAL DE 1932

Cumprindo uma das promessas da Revolução de 1930, o Governo Provisório de Getúlio Vargas promulgou o Código Eleitoral (Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, alterado pela Lei nº 48, de 4 de maio de 1935)[2]. Garantia-se o voto secreto, além de se introduzir o voto feminino e o dos maiores de 18 anos. O alistamento eleitoral em todas as instâncias, a apuração dos votos, o reconhecimento e a proclamação dos eleitos passariam a ser de competência exclusiva da recém-criada Justiça Eleitoral. Introduziu-se, no lugar do voto distrital (que vigorou durante o Império e a República Velha), o voto proporcional, através dos quocientes eleitoral e partidário. Com essas novas regras seriam realizadas as eleições para a Assembleia Constituinte, marcadas, desde maio de 1932, para 15 de maio do ano seguinte[3]. Além da representação eleita pelas novas regras eleitorais, haveria também a representação classista, regulada pelos Decretos nºs 22.653, de 20 de abril de 1933, e 22.696, de 11 de maio de 1933.

O Código Eleitoral foi inspirado na obra *Democracia representativa: do voto e do modo de votar,* do político gaúcho Joaquim Francisco de Assis Brasil, chefe do Partido Libertador. O

[2]Para a crítica do Código Eleitoral de 1932 pela perspectiva do tenentismo, vide ROSA, Virgínio Santa. *O sentido do tenentismo*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1976. Ed. original de 1932), p. 83-90.

[3]Mesmo com as eleições para a Constituinte marcadas, a oligarquia de São Paulo, sob o pretexto de exigir a imediata reconstitucionalização do país, levantou-se em armas na autodenominada "Revolução Constitucionalista", em 9 de julho de 1932. Aderiram ao movimento a Força Pública, alguns batalhões do Exército sediados em São Paulo e poucos militares sediados em Mato Grosso, sob o comando do General Bertoldo Klinger, além dos voluntários civis. O Governo Provisório mobilizou todos os outros Estados e combateu os revoltosos pelo sul e pela divisa mineira. Após 3 meses de lutas, os rebeldes foram derrotados, rendendo-se em 1º de outubro de 1932. Foi a última vez que um Estado se levantou em armas contra a União.

seu livro teve 4 edições, as três primeiras no final do século passado e a última em 1931, após a Revolução, pela Imprensa Nacional. A diferença entre as primeiras edições e a última se dá no tocante ao voto secreto. Assis Brasil condenava o voto secreto por ser, então, o voto fechado, passível de fraude. Não passava do gesto de colocar o voto na urna dentro de um envelope opaco. Já em 1931, passou a defender a instituição do voto secreto, que na sua opinião não era "propriamente dado em segredo, mas em recato". Assis Brasil defendia o sufrágio universal, mas com restrições. Para ele, a universalidade era do direito, não do exercício:

> *O que distingue as limitações do suffragio universal das do restrictivo é o caracter de privilegio que encerram as d'este ultimo.* A questão não é de extensão; é de intensidade. Isto tudo não quer dizer que as limitações do suffragio universal não possam também ser injustas. Serão apenas mais ou menos justificaveis, segundo a situação do povo a que disserem respeito" (BRASIL, 1895, p. 62)[4].

Essas restrições não atingiam mais as mulheres, devendo-lhes ser permitido votar. Entretanto, os militares da ativa não deveriam votar, nem ser votados e os analfabetos também não deveriam votar:

> Não ha remedio; portanto, senão colher a todos os analphabetos na regra geral de que elles são incapazes de escolher conscientemente bons representantes. E, se algum houver que se sinta prejudicado com a exclusão, o remedio é conhecido: aprenda a ler e a escrever[5].

A eleição direta era defendida por Assis Brasil ("o voto não deve ser o echo, mas a voz"), mas não para a Presidência da República. A eleição presidencial direta era encarada como uma espécie de

[4]Grifos do autor.

[5]BRASIL, Joaquim Francisco de Assis. *Democracia representativa*, *op. cit.*, 3. ed., p. 68-69. Sobre a restrição de voto aos analfabetos e militares da ativa, vide *op. cit.*, 3. ed., p. 63-69 e 77-85; sobre a defesa do voto feminino, vide *op. cit.*, 3. ed., p. 71-76 e sobre o voto secreto, vide BRASIL, Joaquim Francisco de Assis. *Democracia representativa*, *op. cit.*, 4. ed., Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931. p. 75-85.

plebiscito, que só gerava crises e comoções internas. A eleição deveria ser feita como na França, através das Câmaras, pois "o suffragio popular, arrebatando-se mais por emoções do que deixando-se levar por considerações de bem entendida utilidade" causava a única crise verdadeira das democracias. Outra inovação do Código Eleitoral que havia sido proposta por Assis Brasil foi o do sistema proporcional, a seu ver, o único capaz de representar as minorias[6].

Na última edição de seu livro, Assis Brasil trata da questão da proporcionalidade de representantes por Estado. Para ele, existiriam dois critérios de divisão proporcional: pela população ou pelo eleitorado. O critério do eleitorado seria o mais racional. Com o crescimento da população, a proporção deveria ser de um deputado por 150 mil habitantes. Cada Estado, inclusive o Território do Acre, deveria ter o mínimo de 3 deputados. Dessa forma, para Assis Brasil, as cadeiras deveriam ser distribuídas, além dos 3 deputados que cada Estado teria direito, da seguinte maneira: Alagoas, 8; Amazonas, 4; Bahia, 26; Ceará, 11; Distrito Federal, 10; Espírito Santo, 4; Goiás, 4; Maranhão, 7; Mato Grosso, 4; Minas Gerais, 37; Pará, 9; Paraíba, 9; Paraná, 6; Pernambuco, 19; Piauí, 5; Rio de Janeiro, 13; Rio Grande do Norte, 5; Rio Grande do Sul, 20; Santa Catarina, 6; São Paulo, 34 e Sergipe, 4. Além de fixar o mínimo, Assis Brasil era favorável a impor um limite máximo para a representação: "Objectivando a hypothese, não seria abusar da proporcionalidade attribuir a São Paulo mais de 40 representantes e mais de 50 a Minas, enquanto Amazonas, Espírito Santo, Goyaz, Matto Grosso, Sergipe apanhassem, apenas 4 cada um, e algum, ainda, *por muito favor*?" (grifo do autor)[7]. Essas propostas ainda causariam muita polêmica nos debates da Constituinte.

A obra de Assis Brasil contém, para Maria D'Alva Gil Kinzo, toda uma visão sobre a representação política que se desenvolveu

[6]BRASIL, Joaquim Francisco de Assis. *Democracia representativa, op. cit.*, 3. ed., p. 101-115 e 262-271 (eleições diretas) e 165-173 (sistema proporcional para representar as minorias).

[7]BRASIL, Joaquim Francisco de Assis. *Democracia representativa, op. cit.*, 4. ed., p. 279. Sobre as demais propostas de Assis Brasil no tocante à proporcionalidade da representação, vide op. cit., 4. ed., p. 268 e 273-283.

no Brasil e deu suporte à maneira com que foi implantado o sistema proporcional no país (KINZO, 1980, p. 118). Assis Brasil (1895, p. 165-173) defendia um sistema representativo mais verdadeiro, sem quaisquer falseamentos, assegurando-se a representação das minorias. Para tal, o sistema proporcional seria o mais adequado. Entretanto, sua concepção sobre representatividade estava distante da ideia de representação como amostra ou "espelho" da população (PITKIN, 1972, p. 60-62). O método proporcional era o melhor porque garantiria alguma representação às minorias, estabilizando, assim, o regime, pois a oposição passaria a ser feita de forma legal e aberta, no Parlamento. Além disso, o Parlamento deveria ter, primordialmente, uma maioria capaz de conduzir as deliberações e dar estabilidade ao governo. O aspecto fundamental da representação não era trazer, proporcionalmente, representantes de todas as tendências, mas assegurar maiorias estáveis para o governo. Assim, a proporcionalidade deveria ser controlada para garantir essa maioria, não havendo necessidade do sistema eleitoral ser exatamente proporcional (KINZO, 1980, p. 123-126 e 131).

Ao defender o sistema proporcional, Assis Brasil considerava como um de seus elementos básicos a ampliação da circunscrição eleitoral para o território dos Estados. Com essa medida, segundo acreditava, a eleição por Estado contribuiria para que os deputados se ativessem a temas de importância nacional, não local. Para isso, o representante não poderia estar atrelado a interesses específicos de seus eleitores, mas deveria exercer livremente o seu mandato, tendo em vista os grandes problemas nacionais (KINZO, 1980, p. 126-130).

3 O DEBATE NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1933-1934

O Governo Provisório controlou todo o processo jurídico de formação e instalação do poder constituinte. Nomeou-se uma subcomissão para elaborar um anteprojeto de Constituição, sediada no Itamaraty. Também foi sob a orientação do governo que se estabeleceram as inelegibilidades e se elaborou o regimento interno da Assembleia Constituinte. A Assembleia Constituinte foi instalada

em 15 de novembro de 1933. Sua principal tarefa seria tentar harmonizar o confronto entre centralização e descentralização. A grande maioria dos constituintes estava disposta a um meio-termo: os federalistas reconheciam a necessidade de intervenção do Estado e os centralistas aceitavam determinados níveis de autonomia regional. O que estava em questão era o modelo de Estado liberal, arrasado pela crise de 1929. Outro debate importante seria o da representação política. Neste, opor-se-iam os defensores da democracia liberal e os tenentes, que defenderiam a representação classista como novo modelo de organização política a ser instaurado.

O anteprojeto da Constituição eliminava o Senado. Em seu lugar era criado o Conselho Supremo, com atribuições político-administrativas e de caráter técnico-consultivo e deliberativo. O Conselho Supremo coordenaria os poderes constitucionais. Sua composição múltipla (seriam 35 membros: 21 dos Estados, 6 nomeados pelo Presidente da República, 3 representantes das universidades e 5 representantes dos "interesses sociais")[8] restringia a importância da participação dos Estados. O Poder Legislativo seria exercido pela Assembleia Nacional, formada por representantes políticos distribuídos proporcionalmente à população. Os porta-vozes do tenentismo defendiam o Conselho Supremo para assegurar limites ao Executivo por meio de um órgão no qual a representatividade dos pequenos Estados (que dificilmente chegariam à Presidência da República) fosse maior.

O substitutivo restaurou o Senado e criou o Conselho Nacional, composto por 10 membros escolhidos pelo Presidente da República, com 10 anos de mandato. Caberia ao Conselho Nacional elaborar projetos de lei para a boa aplicação e execução

[8]Alberto Torres também propôs no livro *A Organização Nacional*, de 1914, um Conselho Nacional que coordenaria os outros poderes (exerceria o chamado "Poder Coordenador") e modificava funções e a composição do Senado. Para analisar a proximidade entre as propostas de Alberto Torres e da Subcomissão do Itamaraty, vide TORRES, Alberto. *A organização nacional*. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1978. p. 249-263.

da Constituição e demais leis. O Senado, agora denominado Câmara dos Estados, teria 2 membros por Estado. A Câmara dos Representantes seria composta por representantes políticos distribuídos proporcionalmente à população e por representantes classistas. Durante as discussões sobre a instituição ou não do Senado, parte da bancada gaúcha propôs a criação de um Conselho Federal, com as atribuições do Senado e as funções coordenadoras do Conselho Nacional. Os Estados seriam representados igualmente e o Executivo nomearia 6 membros do Conselho, cujo direito de voto seria restrito. A decisão final da Assembleia foi a de suprimir os Conselhos e restabelecer o Senado. Entretanto, o Senado da Constituição de 1934 era diferente do da de 1891. Pela nova distribuição dos poderes o Senado não se restringia ao Poder Legislativo, passando a colaborar na coordenação dos poderes. Sua composição, conforme arts. 88 e 89, era de 2 senadores por Estado (SOUZA, 1990, p. 72-73; GOMES, 1980, p. 117, 316-318 e 397-402).

A principal promessa da Revolução de 1930 havia sido a de sanar os vícios na representação política. A disputa entre as oligarquias dissidentes e o tenentismo também se deu nesse campo. Para as oligarquias, os problemas de alistamento e fraudes eleitorais só seriam resolvidos por meio de procedimentos que restaurassem as instituições políticas liberais como saneadoras do sistema, como o sufrágio universal (com a constante exceção dos analfabetos), o voto secreto e a Justiça Eleitoral. Assim, a verdade das urnas seria efetivamente respeitada. O tenentismo questionava o sistema liberal de representação política. A restauração da verdade eleitoral só ocorreria por meio de reformas que ultrapassassem os formalismos liberais. Através de Juarez Távora, os tenentes defenderam o voto direto na esfera municipal e indireto nas esferas estadual e federal, além da eleição indireta para a Presidência da República. O tenentismo buscava um novo modelo de representação política e, dentro desse modelo, uma das medidas propostas era a da representação classista, como veremos adiante.

O anteprojeto instituiu a distribuição das cadeiras na Câmara dos Deputados (denominada Assembleia Nacional) de forma proporcional à população dos Estados, além de fixar a representação em no máximo 20 e no mínimo 4 deputados por Estado, independentemente do número de eleitores do Estado. A bancada gaúcha defendeu que o critério de divisão das cadeiras na Câmara dos Deputados fosse proporcional ao eleitorado inscrito e não à população residente em cada Estado, conforme ocorria durante a República Velha. Esse critério vincularia o tamanho das bancadas à população alfabetizada, ficando o Rio Grande do Sul em melhor posição para competir com Minas Gerais, Bahia e Pernambuco. Os demais Estados, populosos ou não, seriam prejudicados pelo elevado nível de analfabetismo de suas populações.

Minas Gerais e São Paulo se pronunciaram pela manutenção da proporcionalidade referente à população, sugerindo que o desequilíbrio na representação entre os grandes Estados e os outros seria minimizado com a restauração do Senado. Os dois Estados também se opuseram ao estabelecimento de número máximo e mínimo de deputados. Pernambuco e os demais Estados do Norte-Nordeste também defenderam o número de deputados proporcional à população e não ao eleitorado. O fato de esses Estados possuírem grande parcela de analfabetos os prejudicaria na distribuição de cadeiras se esta fosse proporcional ao eleitorado. Entretanto, as bancadas nordestinas defenderam a instituição do número mínimo e máximo de deputados por Estado. O acordo a que se chegou criou uma nova desproporcionalidade, ao determinar que o número de deputados por Estado fosse fixado por lei, na proporção de um para 150 mil habitantes até 20 deputados; e, a partir daí, na proporção de um para 250 mil habitantes[9]. Foi fixado o número mínimo de deputados por Estado, mas não o número máximo, atendendo, nesse ponto, às bancadas mineira e paulista (SANTOS, 1978, p. 91-96; GOMES, 1980, p. 110-113, 203, 207-213, 403-406 e 429).

[9]O art. 23 da Constituição de 1934 prescrevia: *"A Camara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante systema proporcional e suffragio universal, igual e directo, e de representantes eleitos pelas organizações profissionaes, na fórma que a lei indicar. § 1º O numero de Deputados será fixado por lei; os do povo, proporcionalmente á população de cada Estado e do Districto Federal, não podendo exceder de um*

4 A REPRESENTAÇÃO CLASSISTA E A CRISE DO MODELO REPRESENTATIVO LIBERAL

A representação classista fez parte de um processo de estímulo das forças sociais organizadas a se transformarem em elementos de colaboração do Governo Provisório. Dessa forma, articulou-se com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e a Lei de Sindicalização (Decreto nº 19.770, de 19 de março de 1931), pois para que os representantes classistas pudessem ser escolhidos, tornou-se necessário o estímulo à organização das associações e sindicatos profissionais.

O Código Eleitoral de 1932, em seu art. 142, previa a representação classista. A Subcomissão do Itamaraty rejeitou esse tipo de representação no anteprojeto da Constituição. O próprio Superior Tribunal Eleitoral opôs-se por unanimidade à representação classista. Apesar disso, o Governo Provisório resolveu, em abril de 1933, instituí-la, inclusive prevendo os representantes classistas no regimento interno da Constituinte. Por meio do Decreto nº 22.653, de 20 de abril de 1933, determinou-se que seriam eleitos por delegados (eleitores escolhidos pelos sindicatos devidamente reconhecidos pelo Ministério do Trabalho) 40 deputados classistas, distribuídos da seguinte forma: 17 empregadores, 18 empregados, 3 profissionais liberais e 2 funcionários públicos.

O Decreto nº 22.696, de 11 de maio de 1933, regulamentava a eleição dos deputados classistas representantes dos empregados, ocorrida em 20 de julho daquele ano. Houve grande movimentação para sindicalizar trabalhadores. Sob instrução do Governo Provisório, os Interventores e os tenentes organizaram sindicatos e prepararam delegados-eleitores no Norte-Nordeste. O objetivo era alcançar o maior número possível de deputados classistas para

---

por 150 mil habitantes, até o máximo de vinte, e, deste limite para cima, de um por 250 mil habitantes; os das profissões, em total equivalente a um quinto da representação popular. Os Territorios elegerão dois Deputados. § 2º O Tribunal Superior de Justiça Eleitoral determinará, com a necessaria antecedencia, e de acôrdo com os ultimos computos officiaes da população, o numero de Deputados do povo que devem ser eleitos em cada um dos Estados e no Districto Federal."

a região, como meio de enfrentar a dominação do Centro-Sul. Dos 18 deputados empregados, 12 estavam dispersos por vários Estados (3 do Distrito Federal, 1 do Rio de Janeiro, 2 de Minas Gerais, 2 de São Paulo, 2 do Rio Grande do Sul, 1 do Paraná e 1 de Santa Catarina) e 6 eram vinculados às regiões ligadas ao tenentismo (2 do Espírito Santo, 1 do Pará, 1 da Paraíba, 1 de Pernambuco e 1 da Bahia). A eleição dos empregadores ocorreu em 25 de julho de 1933, no Ministério do Trabalho. Havia grande defasagem entre os delegados de São Paulo e Rio de Janeiro e os delegados dos outros Estados: dos 74 delegados, 47 pertenciam àqueles dois Estados. Dos deputados empregadores escolhidos, 6 eram do Rio de Janeiro, 4 de São Paulo, 3 de Minas Gerais, 3 do Rio Grande do Sul e 1 de Pernambuco. A vinculação das bancadas classistas com os Interventores pôde ser determinada em algumas situações. Em determinado aspecto, a representação classista dos empregadores propiciava o reforço das bancadas dos grandes Estados. Os Interventores do Norte-Nordeste tiveram pouca participação na escolha dos representantes dos empregadores, ao contrário dos Interventores do Centro-Sul, particularmente Armando de Salles Oliveira e Olegário Maciel. Já a maior influência na escolha dos representantes dos empregados foi do tenentismo e não dos grandes Estados.

As bancadas mineira e paulista se opuseram à representação classista, assim como, em menor escala, os deputados gaúchos. Já os deputados ligados ao tenentismo e as bancadas do Norte-Nordeste defenderam o princípio da representação classista, vista como contrapeso às grandes bancadas estaduais na Câmara dos Deputados. A representação classista só vigorou em 1933 por determinação do Código Eleitoral. Como não constava do anteprojeto, a proposta de incluí-la ou não no sistema político brasileiro foi das mais polêmicas das debatidas na Constituinte.

A grande oposição à representação classista acabou sendo a da bancada paulista, pois tanto os deputados mineiros como os gaúchos se dispuseram a transigir nesse ponto com o Governo Provisório. As razões que justificavam a existência da representação

classista eram aceitas por todos. A necessidade de se reformular o modelo de participação política, levando-se em conta os interesses de classe era consensual a nível técnico, não a nível político. Houve a proposta de instituição da representação exclusiva das classes, através de um parlamento corporativo, logo excluída. As classes seriam representadas politicamente por meio de alguma fórmula que as acrescesse ao sistema de representação já existente. Existiam duas propostas. A participação das classes dar-se-ia através de Conselhos Econômicos ou Técnicos. Dessa forma, a representação dar-se-ia a nível consultivo, com a decisão final pertencendo à Câmara dos Deputados. Essa proposta foi defendida pela bancada paulista.

A outra proposta, defendida pelo Governo Provisório, era a de uma Câmara única de formação mista. Parte dos deputados eleita por sufrágio popular e parte eleita pelas classes. A representação classista seria deliberativa, com assento ao lado da representação política. Essa última proposta foi a aprovada pela Constituinte. A Câmara dos Deputados teria um quinto de suas cadeiras ocupadas por representantes classistas, eleitos da mesma forma instituída pelos Decretos nºs 22.653 e 22.696, de acordo com o art. 23, §§ 3º a 9º da Constituição (SOUZA, 1990, p. 77-78; GOMES, 1980, p. 431, 433-439, 444-445, 448-449, 469-471, 474, 483 e 486)[10].

O debate e as disputas políticas se desenrolaram nos anos 1930 entre os liberais, tenentes e adeptos do autoritarismo. O ideário liberal de defesa da autonomia estadual e de independência dos agrupamentos políticos de "notáveis" foi utilizado como proteção contra a centralização e tinha origem no temor da crescente participação popular. A timidez cada vez maior do liberalismo da década de 1930 fez com que cedesse espaço ao pensamento autoritário. Isso ocorria em um contexto de passagem da política de notáveis à de massas, dos partidos representativos das oligarquias estaduais ou parcelas das classes dominantes para

[10]Sobre a representação classista, vide, ainda, o estudo de TAVARES, Ana Lucia de Lyra. *A Constituinte de 1934 e a representação profissional: estudo de direito comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

partidos fundados em interesses socioeconômicos. O momento era de perplexidade dos liberais diante da radicalização ideológica e do ingresso das camadas populares urbanas no sistema político.

Com a inexistência de um partido nacional, com exceção da fascista Ação Integralista Brasileira[11] e do Partido Comunista do Brasil (na clandestinidade, sendo representado pela Aliança Nacional Libertadora)[12], as forças revolucionárias se desestruturaram após a Assembleia Constituinte. Os conflitos ocorridos entre 1934 e 1937 foram causados pela tentativa de institucionalizar um poder pós-revolucionário sobre a estrutura política baseada novamente na política dos Estados. O cerne das discussões continuou a ser centralização *versus* autonomia estadual. A radicalização da luta entre os integralistas e os comunistas acabou por facilitar a reunião dos setores dominantes e dos setores revolucionários, que se aliariam no apoio ao Estado Novo.

---

[11]Sobre a Ação Integralista Brasileira (AIB), vide TRINDADE, Hélgio. *Integralismo*: o fascismo brasileiro na década de 30. 2. ed. São Paulo: Difel, 1979; ARAÚJO, Ricardo Benzaquen de. *Totalitarismo e revolução*: o integralismo de Plínio Salgado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1988; MAIO, Marcos Chor. *Nem Rotschild nem Trotsky*: o pensamento antissemita de Gustavo Barroso, Rio de Janeiro: Imago, 1992 e CAVALARI, Rosa Maria Feiteiro. *Integralismo*: ideologia e integração de um partido de massa no Brasil, 1932-1937. Bauru,SP: EDUSC, 1999. Para a análise do pensamento jurídico vinculado à cúpula do movimento integralista, vide os textos de Miguel Reale, particularmente REALE, Miguel. ABC do integralismo (edição original de 1935) *in Obras Políticas (Primeira Fase – 1931/1937)*. Brasília: Ed. UnB, 1983. v. 3, p. 151-222.

[12]Sobre a atuação da Aliança Nacional Libertadora e suas vinculações com o PCB, vide PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Estratégias da ilusão*: a revolução mundial e o Brasil, 1922-1935. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 269-326; VIANNA, Marly de Almeida G. O PCB, a ANL e as Insurreições de Novembro de 1935. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (Orgs.). *O Brasil republicano*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. v. 2: *O tempo do nacional-estatismo*: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo. p. 65-103 e CASCARDO, Francisco Carlos Pereira. A Aliança Nacional Libertadora: novas abordagens. In: FERREIRA, Jorge; REIS, Daniel Aarão (Orgs.). *As esquerdas no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. v. 1: *A formação das tradições*, 1889-1945, p. 455-491.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ricardo Benzaquen de. *Totalitarismo e revolução*: o integralismo de Plínio Salgado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1988.

BRASIL, Joaquim Francisco de Assis. *Democracia representativa*: do voto e do modo de votar. 3. ed. Paris; Lisboa: Guillard, Aillaud & Cia, 1895.

_____. _____. 4. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.

CAGGIANO, Monica Hermann Salem. *Sistemas eleitorais x representação*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

CASCARDO, Francisco Carlos Pereira. A Aliança Nacional Libertadora: novas abordagens. In: FERREIRA, Jorge; REIS, Daniel Aarão (Orgs.). *As esquerdas no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. v. 1: A formação das tradições, 1889-1945, p. 455-491.

CAVALARI, Rosa Maria Feiteiro. *Integralismo*: ideologia e integração de um partido de massa no Brasil, 1932-1937. Bauru, SP: EDUSC, 1999.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo (Org.) *Modelos alternativos de representação política no Brasil*. Brasília: Ed. UnB, 1981. p. 18-19. Seminário realizado na UnB em setembro de 1980.

GOMES, Ângela Maria de Castro (Coord.). *Regionalismo e centralização política*: partidos e constituinte nos anos 30. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

KINZO, Maria D'Alva Gil. *Representação política e sistema eleitoral no Brasil*. São Paulo: Símbolo, 1980.

MAIO, Marcos Chor. *Nem Rotschild nem Trotsky*: o pensamento antissemita de Gustavo Barroso. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

NICOLAU, Jairo César Marconi. O sistema eleitoral brasileiro: a questão da proporcionalidade da representação política e seus determinantes. In: LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de (Org.). *Sistema eleitoral brasileiro*: teoria e prática. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1991.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Estratégias da ilusão:* a revolução mundial e o Brasil, 1922-1935. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation.* Berkeley; Los Angeles; London: University of California, 1972.

RAE, Douglas W. *The political consequences of electoral laws.* London: Yale University Press, 1971.

REALE, Miguel. ABC do integralismo (edição original de 1935). In: _____. *Obras políticas*: primeira fase: 1931-1937. Brasília: Ed. UnB, 1983. v. 3.

ROSA, Virgínio Santa. *O sentido do tenentismo*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1976. Ed. original de 1932.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Crise e castigo*: partidos e generais na política brasileira. São Paulo: RT; Rio de Janeiro: IUPERJ, 1987.

_____. *Ordem burguesa e liberalismo político*. São Paulo: Duas Cidades, 1978.

SOUZA, Maria do Carmo Campello de. *Estado e partidos políticos no Brasil:* 1930 a 1964. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. *A Constituinte de 1934 e a representação profissional*: estudo de direito comparado. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

TORRES, Alberto. *A organização nacional.* 3. ed. São Paulo: Nacional, 1978.

TRINDADE, Hélgio. *Integralismo*: o fascismo brasileiro na década de 30. 2. ed. São Paulo: Difel, 1979.

VIANNA, Marly de Almeida G. O PCB, a ANL e as Insurreições de Novembro de 1935. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (Orgs.). *O Brasil republicano.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. v. 2: O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo.

AUTOCONVOCAÇÃO DE REFERENDOS E PLEBISCITOS PELA POPULAÇÃO (ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO)[1]

Ruy Samuel Espíndola

Mestre em Direito Público pela UFSC. Professor de Direito Constitucional da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina. Advogado.

Destaca a atualidade do tema como imprescindível ao aperfeiçoamento da crescente e estável democracia brasileira. Estabelece comparação entre as democracias representativa e participativa, afirmando que esta complementa e legitima a outra, na medida em que se realiza por diversos instrumentos de manifestação semidireta da vontade popular, na produção de decisões políticas gerais em prol da comunidade, através de mecanismos decisórios como a iniciativa popular de leis, de emendas constitucionais populares, o referendo, o plebiscito, a revogação de mandatos, o veto legislativo popular. Conclui ser preciso o fomento de uma cultura de democracia participativa e que se o século XX teve como maior triunfo o sufrágio universal para a democracia liberal e representativa, o século XXI verá o passo progressivo de uma democracia representativa, permeada fortemente pela democracia participativa.

Palavras-chave: Democracia participativa; democracia representativa; convocação; população; referendo; plebiscito.

[1]Suma de exposição para a VIII Convenção Latino Americana de Direito (COLAD), ocorrida na Republicana Dominicana, em Santo Domingo de Guzman, entre os dias 21 a 25 de setembro de 2009.

1

O tema *democracia participativa – convocação de referendos e plebiscitos pela população* – é demais atual e imprescindível ao aperfeiçoamento da crescente e estável democracia brasileira.

Isso, entre tantas razões, pelas seguintes:

a) a comemoração dos 20 anos de Constituição brasileira, em 2008, que urge por aperfeiçoamento do princípio democrático nas regras e princípios constitucionais que corporificam a democracia representativa;

b) o reinício em 12/11/08, no Congresso Nacional do Brasil, de discussão da reforma política, com audiência pública promovida pelas comissões de Legislação Participativa e de Direitos Humanos e Minorias para discutir o anteprojeto sobre reforma política encaminhado à Câmara pelo governo Lula. O referido projeto consagra o mais tumular silêncio sobre o quanto estamos a tratar aqui. O projeto só se preocupa com a Democracia Representativa, e nada fala, em suas 27 folhas, sobre a Democracia Participativa;

c) a decisão monocrática, tomada dia 30 de outubro de 2008, e publicada dia 06/11/08, pelo Juiz Joaquim Barbosa, da Suprema Corte brasileira, ao indeferir pedido cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.908, proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira, que se insurgiu contra a valia do referendo para ato administrativo, consubstanciado no art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.709/98[2].

---

[2]Ver texto integral:
"LEI Nº 9.709, DE 18 DE NOVEMBRO DE 1998
Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal.
O Presidente da República:
Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
Art. 1º A soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante:

Essa Lei regulou muito insatisfatoriamente os institutos da democracia participativa tratados neste artigo, como demonstra substancioso projeto de lei abrogatória, o Projeto de

---

I – plebiscito;
II – referendo;
III – iniciativa popular.
Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.
§ 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.
§ 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.
Art. 3º Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.
Art. 4º A incorporação de Estados entre si, subdivisão ou desmembramento para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, dependem da aprovação da população diretamente interessada, por meio de plebiscito realizado na mesma data e horário em cada um dos Estados, e do Congresso Nacional, por lei complementar, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas.
§ 1º Proclamado o resultado da consulta plebiscitária, sendo favorável à alteração territorial prevista no *caput,* o projeto de lei complementar respectivo será proposto perante qualquer das Casas do Congresso Nacional.
§ 2º À Casa perante a qual tenha sido apresentado o projeto de lei complementar referido no parágrafo anterior compete proceder à audiência das respectivas Assembleias Legislativas.
§ 3º Na oportunidade prevista no parágrafo anterior, as respectivas Assembleias Legislativas opinarão, sem caráter vinculativo, sobre a matéria, e fornecerão ao Congresso Nacional os detalhamentos técnicos concernentes aos aspectos administrativos, financeiros, sociais e econômicos da área geopolítica afetada.
§ 4º O Congresso Nacional, ao aprovar a lei complementar, tomará em conta as informações técnicas a que se refere o parágrafo anterior.
Art. 5º O plebiscito destinado à criação, à incorporação, à fusão e ao desmembramento de Municípios, será convocado pela Assembleia Legislativa, de conformidade com a legislação federal e estadual.
Art. 6º Nas demais questões, de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o plebiscito e o referendo serão convocados de conformidade, respectivamente, com a Constituição Estadual e com a Lei Orgânica.
Art. 7º Nas consultas plebiscitárias previstas nos arts. 4º e 5º entende-se por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento; em caso de fusão ou anexação, tanto a população da área que se quer anexar quanto a da que receberá o acréscimo; e a vontade popular se aferirá pelo percentual que se manifestar em relação ao total da população consultada.

Lei nº 4.718/04[3], remetido ao Congresso Nacional brasileiro pela Ordem dos Advogados do Brasil e de autoria intelectual do Mestre brasileiro Fábio Konder Comparato.

Art. 8º Aprovado o ato convocatório, o Presidente do Congresso Nacional dará ciência à Justiça Eleitoral, a quem incumbirá, nos limites de sua circunscrição:
I – fixar a data da consulta popular;
II – tornar pública a cédula respectiva;
III – expedir instruções para a realização do plebiscito ou referendo;
IV – assegurar a gratuidade nos meio de comunicação de massa concessionários de serviço público, aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas pela sociedade civil em torno da matéria em questão, para a divulgação de seus postulados referentes ao tema sob consulta.
Art. 9º - Convocado o plebiscito, o projeto legislativo ou medida administrativa não efetivada, cujas matérias constituam objeto da consulta popular, terá sustada sua tramitação, até que o resultado das urnas seja proclamado.
Art. 10 - O plebiscito ou referendo, convocado nos termos da presente Lei, será considerado aprovado ou rejeitado por maioria simples, de acordo com o resultado homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral.
Art. 11 - O referendo pode ser convocado no prazo de trinta dias, a contar da promulgação de lei ou adoção de medida administrativa, que se relacione de maneira direta com a consulta popular.
Art. 12 - A tramitação dos projetos de plebiscito e referendo obedecerá às normas do Regimento Comum do Congresso Nacional.
Art. 13 - A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.
§ 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.
§ 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.
Art. 14 - A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 - e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno.
Art. 15 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."
[3]"PROJETO DE LEI Nº 4.718/2004
Regulamenta o art. 14 da Constituição Federal, em matéria de plebiscito, referendo e iniciativa popular.
Art. 1º A presente lei tem por objeto regulamentar o art. 14 da Constituição Federal, em matéria de plebiscito, referendo e iniciativa popular.
Art. 2º A soberania popular é exercida, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, pelo voto universal, obrigatório e secreto, com valor igual para todos.

d) o exemplo autoritário e ditatorial, que tem feito a Venezuela de Hugo Chávez com o uso populista da democracia semidireta e o desprezo ao resultado negatório do referendo constitucional de 2 de dezembro de 2007, em que pretendeu,

---

Art. 3º O povo decide soberanamente em plebiscito:
I – a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Estados ou Municípios, bem como a criação de Territórios Federais, a sua transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem;
II – a execução de serviços públicos e programas de ação governamental, nas matérias de ordem econômica e financeira, bem como de ordem social, reguladas nos Títulos VII e VIII da Constituição Federal;
III – a concessão administrativa de serviços públicos, em qualquer de suas modalidades, bem como a alienação de controle de empresas estatais;
Art. 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Estados, bem como a criação de Territórios Federais, sua transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem, serão decididos pelos cidadãos com domicilio eleitoral nas Unidades da Federação envolvidas, em plebiscito realizado na mesma data e horário, conforme determinação da Justiça Eleitoral.
§ 1º A iniciativa do plebiscito competirá ao Senado Federal, mediante resolução aprovada pela maioria absoluta de seus membros, ou a cidadãos que representem, no mínimo, dez por cento do eleitorado de cada Unidade da Federação envolvida na decisão plebiscitária.
Art. 5º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão, em cada caso, por determinação prévia de lei estadual, dentro do período máximo de dois anos após a sua promulgação, e dependerão de consulta, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos estudos de viabilidade municipal, apresentados e publicados de acordo com o disposto na lei estadual de autorização.
Parágrafo único. A iniciativa do plebiscito competirá a cidadãos que representem, no mínimo, dez por cento do eleitorado de cada Município envolvido na decisão.
Art. 6º A iniciativa dos plebiscitos mencionados nos incisos II e III do art. 3º compete ao próprio povo, ou a um terço dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.
§ 1º A iniciativa popular, que será dirigida ao Presidente do Congresso Nacional, exige a subscrição do pedido de manifestação do povo por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, observando-se o disposto no art. 13, § 1º.
Art. 7º O plebiscito, em qualquer de suas modalidades (art. 3º), é convocado pelo Congresso Nacional. (rever este tópico).
Art. 8º Por meio do referendo, o povo aprova ou rejeita, soberanamente, no todo ou em parte, o texto de emendas constitucionais, leis, acordos, pactos, convenções, tratados ou protocolos internacionais de qualquer natureza, ou de atos normativos baixados pelo Poder Executivo.
Parágrafo único. É obrigatório o referendo popular das leis, de qualquer natureza, sobre matéria eleitoral, cujo projeto não tenha sido de iniciativa popular.

entre outros pontos, além de procurar garantir eleição presidencial sem limite de reeleições, criar obstáculos a participação popular, aumentando o número de assinaturas para a proposta dos mecanismos da democracia participativa, *com o uso da própria democracia participativa.*

Esse episódio, na América Latina e no mundo Ocidental, é o último e mais próximo exemplo do uso deletério de mecanismo de democracia participativa por *evidentes ditaduras com pele de pseudodemocracias*: 11 dias depois da frustração de intentos reformistas de Hugo Chávez, por referendo constitucional do povo Venezuelano, este apresentou a Assembleia Nacional Venezuelana um Plano de Desenvolvimento Social e Econômico, que intenta implantar, por via legislativa e infraconstitucional, tudo o que ele não conseguiu com o referendo.

2

Democracia é um conceito amplo, que em seu interior, em sua processualidade, função e estrutura, contempla tanto a democracia representativa, do tipo liberal, consagrada no século XX, pelo sufrágio universal, até meados dos anos 1950 e 1960 (votos da mulher), quanto a democracia participativa, cujos principais resultados foram alcançados em novas constituições latino-americanos e do leste europeu no último quartel do século XX.

Para deixar claro nosso conceito sobre Democracia, pontuamos que Democracia não é só a regra do número. Sobretudo democracia é respeito a limites materiais e formais traçados por

---

Art. 9º O referendo é realizado por iniciativa popular, ou por iniciativa de um terço dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, dirigida ao Presidente deste, com observância, no caso de iniciativa popular, dos requisitos indicados no art. 6º, § 1º, bem como do disposto no art. 13, § 1º
Art. 15 A alteração ou revogação de uma lei, cujo projeto seja originário de iniciativa popular, quando feita por lei cujo projeto não teve iniciativa do povo, deve ser obrigatoriamente submetida a referendo popular.
Art. 16 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.
Art. 17 Fica revogada a Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998."

uma constituição escrita e rígida, na qual se estabelecem direitos fundamentais que devem ser respeitados pelos poderes públicos e a própria divisão de poderes entre as Autoridades Constituídas para a salvaguarda e realização firme e eficaz desses direitos. Democracia pressupõe cultura democrática em todos os recantos públicos e privados da vida em comunidade.

Para operar esse conceito de democracia é preciso compreender que a democracia representativa é a predominante. É a mais utilizada forma ou método de democracia. A democracia expressada pelo sistema partidário, político e eleitoral vigente. Nela, basicamente, escolhemos quem decidirá em nosso nome, sem preocupação com o conteúdo prévio das decisões que serão tomadas.

Ou seja, na democracia representativa, escolheremos quem decidirá em nosso nome. Elegeremos deputados, senadores, prefeitos, governadores, presidente e vereadores que nos representarão nos órgãos de decisão política. Esses eleitos desenvolverão essa representação mediante a expedição de leis e atos administrativos praticados em nome de todos nós.

Por sua vez, a democracia participativa[4] não nega e nem enfraquece a democracia representativa. Ela a complementa e a legitima. Realiza-se por diversos instrumentos de manifestação semidireta da vontade popular, na produção de decisões políticas gerais em prol da comunidade, através de mecanismos decisórios como são, e. g., a *iniciativa popular de leis*, de *emendas constitucionais populares*, o *referendo*, o *plebiscito*, a *revogação de mandatos*, o *veto legislativo popular*, entre os mais conhecidos e utilizados instrumentos de sua prática, registrados na história do constitucionalismo.

[4]Houve intensa campanha durante a constituinte de 1988 para que se acolhessem os institutos da democracia participativa. Três emendas populares foram propostas no sentido de incluir no texto os institutos da democracia popular, uma delas com 400.000 assinaturas. No primeiro turno, referendo, plebiscito, iniciativa popular e veto popular foram aprovados com 360 votos, 89 contrários e 12 abstenções. No segundo turno cairia o veto popular. (Afonso da Silva, 2002: 21).

A vintenária Constituição brasileira, promulgada em 05.10.88, contemplou os dois métodos. A Democracia Representativa e a Democracia Participativa. Salvaguardou as duas formas no art. 1°:

> A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: a soberania e o pluralismo político [...]. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos [democracia representativa] ou diretamente, nos termos desta Constituição [democracia participativa ou semidireta].

Esses princípios estruturantes da democracia brasileira são densificados, ao longo do texto constitucional, pelas regras constitucionais que tratam dos direitos políticos, do sistema eleitoral, partidário, republicano e federativo etc.

Sobre a democracia representativa encontramos na vigente Constituição da República de 1988 as regras que tratam da elegibilidade de candidatos aos mais diversos postos de governo eletivo; a duração de mandatos; a forma de extinção dos mesmos; as regras de responsabilidade política; os modos de manifestação dos representantes eleitos a frente dos Órgãos Constitucionais que integram o Legislativo e Executivo, e, de certa forma, o Judiciário – já que concurso para Juiz também é eleição pelo mérito e não pelo sufrágio popular (ver parágrafo único do art. 1°, da CR brasileira).

Na democracia representativa brasileira é densificada, em nível infraconstitucional pelo Código Eleitoral, Lei Complementar nº 64/90 (lei das inelegibilidades), Lei Geral das Eleições (9.504/97) e pela Lei dos Partidos Políticos, além dos regimentos parlamentares dos três níveis de governo: federal, estadual e municipal.

Sobre a democracia participativa, também chamada de democracia semidireta, encontramos as seguintes regras constitucionais dispostas nos incisos do art. 14, ao contemplar o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular; no art. 18, §§ 3° e 4°, os plebiscitos orgânicos, os destinados a formarem novos estados ou municípios; e no art. 49, no qual se fixou como competência

exclusiva do Congresso Nacional brasileiro autorizar referendo ou convocar plebiscito. Pelo art. 49, mostra-se que todos os nossos possíveis referendos e plebiscitos são oficiais, convocados "de cima". Não são os populares, cívicos, fruto de livre e legítima manifestação popular, convocados "de baixo", originados da iniciativa popular.

Tal consagração imperfeita da democracia participativa, no que toca aos plebiscitos e referendos (pois a iniciativa popular de lei é efetivamente iniciada pelos cidadãos na nossa atual forma constitucional), consagra uma contradição evidente com o princípio representativo: somente os órgãos de representação, os representantes parlamentares eleitos para o congresso nacional, podem convocar os veículos de manifestação direta da cidadania.

A contradição está em que se exige dos representantes parlamentares – já que o Executivo não pode convocar referendo ou plebiscito, assim como o povo por iniciativa direta – que autoquestionem o teor da própria legitimidade da representação para a qual foram investidos. E isso só o farão ao deflagrarem processo decisório popular, que, na sua essência e natureza, é perfeito quando os órgãos de representação carecem de legitimidade para tomar as medidas reclamadas por uma comunidade ou por sua maioria insatisfeita.

A imperfeição está justamente no mote de nossa exposição: não se contemplou, nem na Constituição brasileira, nem na Lei nº 9.709/98, a possibilidade de o povo, os representados, a comunidade de cidadãos, de provocarem, deflagrarem, requererem, de forma imperativa, a deflagração de referendos e plebiscitos. Ou seja, embora haja iniciativa popular das leis, não há iniciativa popular para referendos e plebiscitos.

Aqui começa a nossa crítica à vigente formulação constitucional da democracia participativa na Constituição brasileira de 1988.

3

Para ilustrarmos o presente na democracia brasileira em curso histórico sempre inacabado, e perspectivarmos seu futuro constitucional nesta matéria de referendos e plebiscitos, vejamos um pouco de Direito Comparado, tendo em conta experiências estrangeiras, a história constitucional brasileira e parte do seu constitucionalismo estadual recente.

É preciso dizer, no ponto, que a experiência constitucional latino-americana, de nossos irmãos de continente, tem-se revelado com interessantes e ricas experiências, tanto na prática dos institutos quanto na formulação adequada de suas positivações constitucionais, no sentido aqui defendido: *a autoconvocação de plebiscitos e referendos pela cidadania, pela população eleitoralmente inscrita*.

Antes é preciso especificar que essa experiência registra uma variada tipologia de referendos e plebiscitos.

Falemos da tipologia dos referendos[5].

Referendo é termo usado com significações diversas na CF 88. Vejamos as fórmulas dos arts. 84, VIII, 84, XIX e XX, 87, parágrafo único, I. Ato de ratificação de outro ato; ato de controle que uma autoridade ou um Poder exerce sobre outro (José Afonso da Silva, 2002: 15).

Referendo popular – sistema em que o ato legislativo ordinário ou constitucional só adquire valor e eficácia após ter sido ratificado pelo voto dos eleitores populares (Afonso da Silva, 2002: 15). Segundo Afonso da Silva:

[5]O jurista Gwénaël Le Bradizec traça a seguinte classificação quanto ao poder de provocar referendos: referendo como recurso do príncipe, recurso dos cidadãos e recurso dos partidos (2002: 370).

> O referendo se revela como um instrumento de participação do povo no processo de formação de normas jurídicas, tal como a iniciativa popular, com a diferença de que esta dá início ao processo legislativo, o referendo confirma ou recusa a formação do ato já praticado pelo legislador ordinário ou constituinte. (2002, p. 15).

Existem diversas modalidades de referendo popular, segundo o Mestre Afonso da Silva:

a) referendo legislativo, referendo constituinte e constitucional[6] (2002, p. 15). Estes podem ser *post legem ou* de ratificação ou *ante legem.*

b) referendo deliberativo e referendo consultivo (2002, p. 16). O referendo, em geral, é deliberativo, porque decide, em definitivo, sobre o ato submetido à consulta popular. O consultivo assemelha-se ao plebiscito (2002, p. 16).

c) referendo ab-rogativo, que difere do veto popular – o primeiro permite revogar uma lei, não importando o tempo em que esteja em vigor (2002, p. 16-17); o veto popular expressa desacordo com a entrada em vigor da lei.

d) referendo de iniciativa oficial e referendo de iniciativa popular – (2002, p. 17-18). No Brasil, só existe o referendo de iniciativa oficial parlamentar.

e) Existe o referendo obrigatório e o referendo facultativo – com o referendo ab-rogatório já se sabe, por força da Constituição ou de lei, quando se deve promovê-lo e sobre quais matérias previamente estabelecidas; o referendo facultativo ocorre quando,

[6]Notas interessantes a respeito do assunto: – Lula, enquanto deputado constituinte, propôs que a atual CF 1988 fosse submetida a referendo. – Getúlio Vargas, na outorgada CF 1937, no seu art. 187, embora tenha usado o termo plebiscito, em verdade estabeleceu referendo constituinte, que nunca foi concretizado, eis que dependia de regulação por decreto presidencial.

geralmente, um Presidente ou Chefe de Governo quer aprovação popular ou quando o povo o pede dentro de determinado prazo. (ESCOBAR FORNOS, 2002, p. 145).

Não há entre nós o referendo obrigatório, somente o facultativo, como demonstra a vigente ordem constitucional e legal.

A proposta legislativa bem elaborada pelo jurista Fábio Comparato deseja instituir o obrigatório nos arts. 3° e 8º (ver nota de rodapé nº 4).

Gwénaël Le Bradizec afirma que em geral o âmbito do referendo está limitado por enumeração ou por exclusão (2002, p. 372). Não temos tais limitações no Brasil, na lei ordinária vigente.

f) o referendo direto é aquele em que uma lei, iniciada por cidadãos, se submete diretamente ao referendo, sem passar por deliberação legislativa. (ESCOBAR FORNOS, 2002, p. 146). Essa possibilidade não vige no Brasil.

Há um exemplo interessante e "incompleto" dessa modalidade, exemplo autoritário: o Equador, em 1978, através de governo militar, nomeou uma comissão de juristas para fazer um projeto de Constituição, que foi submetida diretamente ao povo, mediante referendo, sem passar por assembleia constituinte.

Discorramos um pouco sobre plebiscitos: podemos conceituá-los como consulta popular, semelhante ao referendo, todavia difere deste no fato de que visa decidir previamente uma questão territorial ou político-institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional *aprovados pelos representantes*; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o ato aprovado, e o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida (SILVA, 2002, p. 18).

Quando o Congresso Nacional achar conveniente, conforme art. 14, I, CF 88, pode utilizá-lo, mas também vem previsto, obrigatoriamente, no caso dos §§ 3º e 4º do art. 18, da CF, para formação de estados-membros e municípios.

Falemos um pouco da experiência comparada.

Suíça é a terra dos referendos, a terra da democracia participativa. Estima-se que entre 1793 a 1995 houve no mundo ocidental quase 800 referendos. A metade ocorreu na Suíça. Entre 1966 a 1974 nesse País houve 80 referendos, quase 10 por ano.

Entre os temas consultados popularmente entre os anos 60 e 70 na Suíça: inflação, transporte, meio ambiente, habitação e família, esportes, políticas de crédito, proteção aos animais, voto feminino.

Francisco Miró-Quesada Rada afirma que, na América Latina, é o Uruguai o País que mais tem utilizado com frequência e continuidade o plebiscito e o referendo, em seu ordenamento e história constitucional (2008: 885). Uruguai os utiliza desde 1919 (ZOVATTO, 2002, p. 899).

No Uruguai existe referendo constituinte (esse para aprovar exercício do Poder Constituinte originário), referendo constitucional (para reforma constitucional) e iniciativa popular para solicitar referendo (ZOVATTO, 2002, p. 890). A ordem jurídica uruguaia restringe as matérias que não serão submetidas a referendo, como tratados internacionais, expropriações, defesa nacional, limitação da propriedade imobiliária, sistema tributário, financeiro e monetário, eleições nacionais, departamentais e municipais (ZOVATTO, 2002, p. 894).

Ainda sobre o Uruguai, Ivan Escobar Fornos predica: 25% dos inscritos para votar podem pedir ao Legislativo, dentro de um ano da promulgação de uma lei, a sua revogação por referendo (Ivan Fornos, 2002: 171). Quanto a referendo constitucional, a iniciativa popular, por 10% do corpo de eleitores, pode formular

projeto articulado de reforma total ou parcial da Constituição, que será apresentado ao Presidente da Assembleia Nacional e logo tal projeto será submetido ao referendo (ESCOBAR FORNOS, 2002, p. 171).

Tanto no Uruguai quanto na Suíça, os referendos e plebiscitos por previsão na Constituição nacional são autoconvocáveis por certo número de cidadãos, ou seja, são de iniciativa popular, são provocáveis pela cidadania. *Por isso o uso e o sucesso de tais instrumentos em suas histórias constitucionais.*

Ainda, na América Latina, Colômbia e Venezuela contemplam referendos iniciados por provocação popular.

Tratemos agora, brevemente, do Direito interno brasileiro, nacional e estadual.

A experiência brasileira tanto em termos de formulação constitucional e infraconstitucional quanto prática institucional é fraca, débil, autoritária e recente. Poderia ser mais positiva e operosa após a constituinte de 1988, pois a atual Constituição radicalizou em muitos aspectos o princípio democrático, tendo em conta as constituições brasileiras anteriores (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969).

Nunca o Brasil teve referendos ou plebiscitos de iniciativa popular positivados na Constituição da República ou na legislação infraconstitucional.

A primeira Constituição a tratar de "democracia participativa" foi a de 1937 (*sem utilizar a expressão*). Usou o termo "plebiscito" tanto para designar plebiscito quanto referendo[7]. Não teve precisão técnica, considerando a distinção conceitual hodierna. Instituiu,

[7]Vejamos os momentos da narrativa constitucional de 1937:
"Art. 5º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se, ou desmembrar-se para anexar-se a outros, ou formar novos Estados, mediante a aquiescência das respectivas Assembleias Legislativas, em duas sessões, anuais consecutivas, e aprovação do Parlamento Nacional.

inclusive, a figura singular do plebiscito (*rectius*: referendo) no processo de reforma constitucional.

Lembremos da experiência brasileira concreta.

A Constituição de 1946 previu o instituto do plebiscito apenas para incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados entre si (AUAD, 2008, p. 16).

A Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, instituiu o Sistema Parlamentar de Governo, já prevendo em seu art. 25:

Parágrafo único. A resolução do Parlamento poderá ser submetida pelo Presidente da República ao plebiscito das populações interessadas.
Art. 63 - A todo tempo podem ser conferidos ao Conselho da Economia Nacional, mediante plebiscito a regular-se em lei, poderes de legislação sobre algumas ou todas as matérias da sua competência.
Parágrafo único. A iniciativa do plebiscito caberá ao Presidente da República, que especificará no decreto respectivo as condições em que, e as matérias sobre as quais poderá o Conselho da Economia Nacional exercer poderes de legislação.
Art. 174 - A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados.
§ 1º O projeto de iniciativa do Presidente da República será votado em bloco por maioria ordinária de votos da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, sem modificações ou com as propostas pelo Presidente da República, ou que tiverem a sua aquiescência, se sugeridas por qualquer das Câmaras.
[...].
§ 4º No caso de ser rejeitado o projeto de iniciativa do Presidente da República, ou no caso em que o Parlamento aprove definitivamente, apesar da oposição daquele, o projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderá, dentro em trinta dias, resolver que um ou outro projeto seja submetido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projeto só se transformará em lei constitucional se lhe for favorável o plebiscito.
Art. 175 - O primeiro período presidencial começará na data desta Constituição. O atual Presidente da República tem renovado o seu mandato até a realização do plebiscito a que se refere o art. 187, terminando o período presidencial fixado no art. 80, se o resultado do plebiscito for favorável à Constituição.
Art. 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187.
Art. 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República."

> A lei votada nos termos do art. 22 poderá dispor sobre a realização plebiscito que decida da manutenção do sistema parlamentar ou volta ao sistema presidencial, devendo, em tal hipótese, fazer-se a consulta plebiscitária nove meses antes do termo do atual período presidencial.

Ocorrido o plebiscito em janeiro de 1963, retornou-se ao sistema presidencialista de governo, por negação popular ao sistema parlamentarista.

As Constituições de 1967 e 1969 silenciaram a respeito do plebiscito, apenas retornando sua positivação na Constituição de 1988. Ressalve-se, no entanto, que os arts. 14 das Constituições de 1967 e de 1969 previam a edição de lei complementar para a *consulta prévia às populações locais* para a criação de novos municípios. O plebiscito foi escolhido como forma para a consulta prévia da população apenas na Lei Complementar nº 1, de 9 de novembro de 1967.

A Constituição de 1988, no capítulo dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 2°, especificou que deveria haver plebiscito para definir a escolha entre presidencialismo ou parlamentarismo (sistema de governo) ou república e monarquia (forma de governo). Este plebiscito ocorreu em 7 de setembro de 1993.

No direito brasileiro, o plebiscito sempre esteve ligado a alterações profundas na estrutura política.

Tivemos, na experiência recente, o referendo de outubro de 2005, que resultou sem êxito no seu fim de aprovar a proibição de comércio de armas de fogo e munição.

O constitucionalismo estadual brasileiro[8] registra questões interessantes, pois permite a autoconvocação popular. Tomemos como exemplo a Constituição do Estado de São Paulo.

[8]O Brasil é uma República Federativa Presidencialista. Tem 26 Estados-Membros e um Distrito Federal. Cada estado-membro tem sua própria Constituição. O Distrito Federal tem uma constituição cujo nome é "Lei Orgânica Distrital."

Segundo a jurista Denise Auad:

> A Constituição do Estado de São Paulo prevê a possibilidade de realização de referendo ao dispor em seu art. 20, inciso XVIII, que "Compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa autorizar referendo e convocar plebiscito, exceto nos casos previstos nesta Constituição.
>
> Logo abaixo, no art. 24, § 3º, itens 2 e 4, abre uma importante porta para a ampliação desse instituto, ao permitir que 1% (um por cento) do eleitorado do Estado, distribuído pelo menos nos cinco dentre os quinze maiores Município, com, no mínimo 0,2% (dois décimos por cento) de eleitores em cada um deles, requeira à Assembleia Legislativa a realização de referendo sobre lei.
>
> A Constituição do Estado de São Paulo é, portanto, mais ampliativa que a Constituição Federal e a própria Lei nº 9.709/98, ao regular expressamente que, no âmbito estadual, a prerrogativa para requerer referendo também cabe aos cidadãos, ou seja, não é exclusiva do Poder Legislativo." (AUAD, 2008, p. 24).

Antecipo-me dizendo que não há inconstitucionalidade no ponto, não se devendo aplicar a inadequada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que as *regras* pertinentes ao processo legislativo seriam obrigatórias para todos os entes federados, funcionando como princípios constitucionais estabelecidos[9].

Vejamos a distribuição desses estados por regiões: *Região Norte* – ocupando 45% da área territorial do país, é composta por *7 estados*: Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins; *Região Nordeste* – ocupando 18% da área territorial, é composta por *9 estados*: Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Sergipe; *Região Centro-Oeste* – ocupando 19% da área territorial, é composta por *3 estados*: Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul; *Região Sudeste* – compreendendo 11% da área brasileira, é composta por *4 estados*: Espírito Santo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo; *Região Sul* – abrangendo 7% do território, é composta por *3 estados*: Paraná, Rio, Grande do Sul, Santa Catarina.

[9]Entre outros precedentes, ver: "Processo legislativo dos Estados-Membros: absorção compulsória das linhas básicas do modelo constitucional federal entre elas, as decorrentes das normas de reserva de iniciativa das leis, dada a implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal." (ADI nº 637, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 25/8/04, *DJ* de 1º/10/04)

A Constituição do Estado do Amapá apresenta interessante contradição interna[10], ao dizer que pode pedir referendo ou plebiscito 1% do eleitorado, o que constituiria legítima autoconvocação popular.

Todavia, o que deu com uma mão retirou com a outra, ao condicionar a realização de plebiscito ou- referendo a aprovação, por maioria absoluta, dos membros da Assembleia Legislativa. A regra de maioria absoluta não existe no âmbito do Congresso Nacional. Assim, em termos de democracia participativa, essa *parece* ter sido ampliada, mas, de fato, foi alargada a força da democracia representativa pelo *quorum* de maioria qualificada.

4

E o que podem os brasileiros fazer para aperfeiçoar a democracia participativa em termos de reformulação jurídica de seu modelo constitucional e legal?

---

[10]Art. 5º-A. A soberania popular, no âmbito do Estado do Amapá, será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.
Art. 5º-B. Através de plebiscito o eleitorado se manifestará, especificamente, sobre fato, medida, decisão política, programa ou obra pública e, pelo referendo, sobre emenda à Constituição, sobre lei e sobre projetos de emenda à Constituição e de lei.
§ 1º Podem requerer plebiscito ou referendo:
I – um por cento do eleitorado estadual;
II – o Governador do Estado;
III – um terço, pelo menos, dos membros da Assembleia Legislativa.
§ 2º A realização de plebiscito ou referendo depende de aprovação da maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa.
§ 3º A decisão do eleitorado, através de plebiscito ou referendo, será válida quando tomada por maioria de votos, desde que tenha votado mais da metade do eleitorado estadual e, tratando-se de emenda a esta Constituição, quando tomada por maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.
§ 4º Convocado o plebiscito ou referendo, o Presidente da Assembleia Legislativa dará ciência à Justiça Eleitoral, a qual caberá, nos limites de sua circunscrição, adotar as medidas necessárias a sua realização.

A proposta apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil (descrita na nota de rodapé nº 4) atende os anseios de aperfeiçoamento do regime de democracia participativa.

Especialmente porque contempla a autoconvocação de referendos e plebiscitos.

Todavia, devido a regra constitucional do art. 49, XV, CF[11], para evitarmos discussões de inconstitucionalidade face ao rico projeto de lei da Ordem dos Advogados brasileira, deve haver a reforma abrogatória do inciso XV, ou seja, sua mera supressão. E deve haver a inclusão, na Constituição, de novo enunciado regrando percentual de eleitores menos dificultoso do que o previsto para a iniciativa popular de lei ordinária.

Esse enunciado novo deve consagrar fórmula eleitoral que não leve em conta o total da população brasileira, para plebiscitos e referendos nacionais, como está regrado no § 2º, do art. 61, da CF: "um por cento do eleitorado nacional, distribuído, pelo menos por 5 Estados, com não menos que três décimos por cento dos eleitores de cada um deles."

Seria melhor um número fixo.

Nessa matéria, na qual se exige número de assinaturas, é preciso atentar para o seguinte: encontrar o equilíbrio entre condições muito fáceis de cumprir e condições inalcansáveis. As primeiras levam a um excesso de consultas sobre temas com pouca relevância e interesse para os eleitores, levando a abstenção e ao desinteresse, e mesmo a banalização de um instrumento. A segunda impede, na prática, o recurso ao referendo ou ao plebiscito, revogando, de fato, sua existência.

Em termos concretos, o número de assinaturas de eleitores, que é o critério usado correntemente, não pode ser demasiado baixo nem demasiado alto.

[11] "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...]. XV – autorizar referendo e convocar plebiscito."

Assim, vejamos como exemplo o critério adotado para iniciativa popular no Brasil. Pensamos ser de difícil consecução. Vejamos um exemplo interessante: o projeto que resultou na Lei Eleitoral nº 9.840/99, que a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho Nacional dos Bispos do Brasil apoiaram, em verdade foi recebido pelo parlamento como iniciativa do Legislativo, por haver problemas técnicos na sua propositura popular: problemas com assinaturas! Assim, igualmente, incorporado a projeto de lei complementar proposto pelo Executivo em 1993, é o caso da Lei Complementar nº 135/10, que institui novas hipóteses de inelegibilidade no direito brasileiro.

O *referendum* não deve ser consultivo, mas sempre vinculante.

5

Pode haver democracia representativa sólida e estável sem institutos da democracia participativa, todavia será maior, mais legítima e representativa se contemplar tais institutos (QUESADA RADA, 2008, p. 885).

Os institutos da democracia participativa são instituições muito democráticas e úteis. O uso indevido que se faça deles é defeito dos homens que governam ou dos governos ou do sistema político em que estão inseridas e não da instituição ou dos institutos, os quais podem ser corrigidos (ESCOBAR FORNOS, 2002, p. 148).

Como afirmou o Prof. José Afonso da Silva, os constituintes brasileiros de 1988 optaram por um modelo de democracia representativo que tem como sujeitos principais os partidos políticos, que até hoje são os protagonistas quase exclusivos do jogo democrático, com temperos de princípios e institutos de participação direta dos cidadãos no processo decisório governamental. Isso exige reforma após vinte anos de Constituição.

O povo em geral não está devidamente informado sobre esses instrumentos de democracia participativa, por isso tem sido pouco utilizados.

A falta de conscientização da população brasileira sobre esses institutos constitui o principal obstáculo à sua utilização, acrescido isso do fato de que partidos e parlamentares não têm interesse nessa prática de democracia representativa, pois a entendem – não confessadamente – como um desrespeito, um desprestígio aos representantes eleitos pelo voto popular.

O Brasil não é um país com tradição na utilização de mecanismos de participação popular. Sob a égide da Constituição Federal de 1988, são poucos os exemplos concretos relacionados a tais institutos (Lei Daniela Perez[12], Lei nº 9.840/99, referendo sobre negócio e uso de armas, plebiscito sobre mudança sistema e forma de governo, recente Lei Complementar nº 135/10, que tratou sobre vida pregressa e inelegibilidade, apelidada de "Ficha Limpa".).

Ao que tudo indica, o Congresso Nacional do Brasil teme perder prerrogativas legislativas com a aplicação mais frequente dos mecanismos e busca refrear sua utilização.

---

[12]O que seria a lei Daniela Perez, segundo a wikipedia português (acesso em: 8 ago. 2009): "Daniela Perez (Rio de Janeiro, 11 de agosto de 1970 – Rio de Janeiro, 28 de dezembro de 1992), atriz brasileira, filha da autora de telenovelas Glória Perez. Daniela tinha 22 anos quando foi brutalmente assassinada pelo colega de trabalho, o ex-ator Guilherme de Pádua e sua mulher Paula Nogueira Thomaz, que a emboscaram e mataram com 18 golpes de punhal. Causou muita indignação à população brasileira o fato de o casal de homicidas, poucas horas depois de atirar o corpo de Daniela num matagal, ter ido abraçar e prestar solidariedade à família dela. Julgados e condenados por homicídio duplamente qualificado, com motivo torpe e impossibilidade de defesa da vítima, o casal cumpriu apenas 6 dos 19 anos a que foi condenado. A indignação popular que se seguiu a esse episódio resultou na alteração da legislação penal, graças aos esforços de sua mãe Glória Perez, que encabeçou uma campanha de assinaturas e conseguiu fazer passar a primeira emenda popular da História do Brasil. Ainda que a mudança da lei não tenha atingido os assassinos de Daniela, a partir daí o homicídio qualificado passou a ser punido com mais rigor."

Para que a utilização do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular seja uma realidade mais contínua em nosso País, sem dúvida é necessário o fortalecimento de uma cultura democrática participativa, função esta que tem na educação um papel essencial. *No entanto, também é um pressuposto para a viabilização do jogo democrático a fixação de regras e procedimentos claros que respaldem a atuação dos cidadãos em todas as etapas relacionadas à sua participação política.*

A democracia participativa não é só um método mais legítimo e às vezes útil nos regimes representativos em busca de participação e de legitimação. É um espírito público, uma vontade comunitária que os textos legais, sozinhos, não podem criar. É preciso o fomento de uma cultura democrática, de uma cultura de democracia participativa.

O século XX teve como maior triunfo o sufrágio universal para a democracia liberal e representativa. Mas a evolução da democracia não para aí. *O século XXI verá o passo progressivo de uma democracia representativa, permeada, fortemente, inovadoramente, pela democracia participativa.*

As últimas reformas constitucionais, tanto da Europa do Leste quanto da América Latina, constituem um bom presságio (GWÉNAËL LE BRADIZEC, 2002, p. 381), pelo menos, de um uso mais extenso e pragmático, que esperamos renda frutos ao futuro da democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta, viva a democracia participativa! In: GUERRA FILHO, Willis Santiago; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). *Direito Constitucional:* estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 19-56.

AUAD, Denise. *Mecanismo de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular.* Disponível em: < http://www.unibero.edu.br/download/revistaeletronica/Set05_Artigos/DIR_PROF%20DENISE_OK.pdf>. Acesso em: out. 2008.

BAPTISTA, Eduardo Correia. A soberania popular em direito constitucional. *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996. v. 1. p. 481-513.

BARROSO, Luis Roberto. Petição inicial da Adin nº 3908 intentada no STF, com o fim de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 2° e § 2° da Lei nº 9.709/08. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 7 nov. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa.* São Paulo: Malheiros, 2001. Cap. 1, 2 e 15.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Para uma teoria constitucional do cidadão participativo. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, Del Rey, nº 2, p. 145-150, jul./dez. 2003.

CARPIZO, Jorge. *Concepto de democracia y sistema de gobierno en America Latina.* México: Unam, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das constituições. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.* Belo Horizonte, Del Rey, nº 5, p. 19-56, jan./jun. 2005.

BRADIZEC, Gwénaël Le. Régimen representativo y democracia directa: hacia la participación política de los ciudadanos. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta*: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002. p. 347-381.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993. Cap. 1.

EDUARDO PASCUAL, Jorge. La respuesta popular. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta*: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002. p. 673-680.

ESCOBAR FORNOS, Iván. El sistema representativo y la democracia semidirecta. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta*: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002. p. 127-191.

FERRARI, Regina Macedo Neri. Participação democrática: audiências públicas. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago; GRAU, Eros Roberto (Orgs.).

Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 325-351.

GARCIA, Alexandre Navarro. *Democracia semidireta*: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. Disponível em: < http://www.123people.ca/s/alexandre+navarro>. Acesso em: out. 2008.

GARCIA-PELAYO, Graciela Soriano. Perspectivas Históricas y Actuales para entender la democracia venezolana. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta*: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002. p. 817-835.

GROS SPIELL, Héctor. La Democracia semidirecta y el sistema representativo en el derecho constitucional uruguayo. (coord. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta*: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002. p. 291-308.

HARO GARCIA, José Vicente. Derecho y democracia en lationoamerica: el caso de Venezuela i los recientes intentos de reforma constitucional o de cómo se está tratando de establecer una dictadura socialista con aparencia de legalidad. *Ponencias Desarroladas IX Congreso Nacional Derecho Constitucional,* Arequipa-Peru, Adrius, 2008. t. 2, p. 735-756.

HURTADO MADRID, Miguel de la. Las Formas de Democracia Directa. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta*: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002. p. 429-451.

LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. *Manifestação popular e os limites materiais à convocação de plebiscito e referendo*: uma análise da Lei nº 9.708/98. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1508>. Acesso em out. 2008.

OROZCO HENRIQUEZ, J.; SILVA ADAYA, Huan Carlos. Consideraciones sobre los instrumentos de democracia participativa en las entidades federativas de México. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta*: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002. p. 597-637.

QUESADA RADA, Francisco Miró. Democracia Directa en las Constituciones Latinoamericanas: un análisis comparado. *Ponencias Desarroladas IX*

Congreso Nacional Derecho Constitucional, Arequipa-Peru, Adrius, 2008. t. 2, p. 883-907.

_____. La democracia directa en el Perú: aspectos constitucionales y procesales del referéndum durante el régimen dictatorial de Alberto Fujimori. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta*: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002. p. 475-493.

SILVA, José Afonso da. O sistema representativo e a democracia semi-direta: democracia participativa. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta*: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002. p. 3-31.

TELLES JÚNIOR, Gofferdo . A democracia participativa. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, Del Rey, nº 6, p. 1-20, jul./dez. 2005.

THIBAUT, Bernhard. Instituciones de democracia directa. In: NOHLEN, Dieter; PICADO, Sonia; ZOVATTO, Daniel (Comp.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina.* México: IIDH, 1998. p. 65-88.

ZOVATTO, Daniel. La prática general de las instituciones de democracia directa en América Latina: un balance comparado de 1978-2000. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta*: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002. p. 891-914

REFLEXÕES SOBRE A NOVA TIPOLOGIA DAS RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL[1]

Manoel Carlos de Almeida Neto

Doutorando em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito Público pela UFBA. Professor de Direito Constitucional. Assessor de Ministro no STF (2006-2010). Secretário-Geral do TSE.

Examina a nova tipologia das resoluções baixadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, a partir do advento da Resolução–TSE nº 23.308/2010, identificando quatro espécies desses atos: normativa, regulamentar, contenciosa-administrativa e consulta. Afirma que tais atos foram editados no exercício da competência que lhe atribui a legislação eleitoral brasileira, ratificada pela histórica orientação jurisprudencial do TSE e, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal. Conclui que a nova tipologia das resoluções marca um aprimoramento na manifestação do poder normativo da Justiça Eleitoral por restringir o uso e proteger a essência do título "resolução" apenas às hipóteses em que o Tribunal exerça, de forma mais precisa, essa competência normativa extraordinária.

Palavras-chave: Eleições; Tribunal Superior Eleitoral; processo eleitoral; poder normativo; poder regulamentar; resoluções; consultas.

A atividade normativa do Tribunal Superior Eleitoral, como se sabe, está prevista na legislação eleitoral brasileira que lhe atribui competência para expedir instruções de caráter normativo com o objetivo precípuo de regulamentar, organizar e executar as eleições com a dinâmica que requer o processo eleitoral.

Na Sessão Plenária de 13/9/1959, sob a égide do Código Eleitoral de 1950, o então Presidente do TSE, Ministro Nelson Hungria, assentou que a função normativa da Justiça Eleitoral tem

[1]Estudo apresentado durante o 50º Encontro do Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, no dia 20/8/2010, em Brasília/DF.

em mira "garantir o exercício dos direitos políticos e a vitalidade do regime democrático" (BRASIL. TSE, 1959).

Atualmente, o art. 1º, parágrafo único, combinado com o art. 23, IX, ambos do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), o art. 105 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) e o art. 61 da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) estabelecem competência privativa ao Tribunal Superior Eleitoral para expedir as instruções que julgar convenientes à fiel execução dos referidos diplomas normativos.

Afirmam, ainda, o poder regulamentar da Justiça Eleitoral, o art. 27 da Lei nº 6.091/1974, que dispõe a respeito do fornecimento de transporte, em dias de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais, e o art. 18 da Lei nº 6.996/1982, que dispõe acerca da utilização de processamento eletrônico de dados.

Tradicionalmente, essas instruções são baixadas por meio de resoluções que, na jurisprudência histórica do Tribunal Superior Eleitoral, possuem força de lei (BRASIL. TSE, 1952).

O título "resolução", nessas hipóteses, é utilizado em sentido normativo e regulamentar próprio, isto é, como um instrumento apto a viabilizar a fiel execução das leis eleitorais, tornando exatos seus termos, ou, em alguns casos, complementando-os, sem, contudo, desbordar os limites fixados nas leis e na Constituição Republicana de 1988. Nesse sentido, consigno, entre outros, os seguintes julgados: Acórdão nº 6.477/PA, Rel. Min. Cordeiro Guerra, de 28/9/1978; Acórdão nº 10.859/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, de 24/8/89; Acórdão nº 398/SC, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, de 22/2/2000.

Os citados precedentes não destoam da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconhece a determinadas resoluções editadas pelo TSE a natureza de lei em sentido material e, por tal característica, admite que podem ser impugnadas por meio de representação de inconstitucionalidade.

A esse respeito, na Sessão Plenária de 26/3/1998, no julgamento da ADI nº 1.805-MC/DF (BRASIL. STF, 1998), o STF

decidiu que as respostas do TSE às consultas feitas, em tese, por autoridade com jurisdição federal ou por órgão nacional de partido político não se revestem de caráter vinculativo ou obrigatório, daí a impossibilidade de se instaurar a jurisdição constitucional abstrata da Suprema Corte.

Na ocasião, o Relator, Min. Néri da Silveira, chegou à seguinte conclusão: "porque a resposta a consulta não obriga quer o consulente, quer terceiros, nem dela coisa julgada resulta, força é entender não caracterizar-se dita Resolução como ato normativo".

Norteador dessa orientação jurisprudencial, o Ministro Célio Borja, nos autos do MS nº 1.263, julgado no TSE em 27/9/1990 (BRASIL. TSE, 1990), cravou que

> resposta a consulta não gera efeitos concretos, uma vez que não pode servir de título a ato de execução. Fonte de conhecimento, não de produção de Direito, ato de interpretação em tese, serve de orientação para o exercício do ato jurisdicional ou administrativo, que não pode ser substituído pela resposta à consulta (cf. REspe nº 4.528/AC, Rel. Min. Firmino Paz, de 18/11/1976; REspe nº 5.141/ES, Rel. Min. Pedro Gordilho, de 3/4/1979).

Recentemente, na Sessão Plenária de 4/10/2007, em caso paradigmático julgado no Supremo Tribunal Federal (BRASIL. STF, 2007), a Ministra Cármen Lúcia assentou em substancioso voto condutor que resposta do TSE à consulta eleitoral não tem natureza jurisdicional nem efeito vinculante e afirmou, mais, que "o Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965), no ponto em que disciplina a organização e a competência da Justiça Eleitoral, foi recepcionado pela Constituição de 1988 como lei material complementar, nesta parte incluído o seu art. 23 [...]", que estabelece as competências privativas do TSE (cf. MS nº 26.604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia).

Naquela assentada, o Ministro Marco Aurélio, ao examinar a questão preliminar, ressaltou que

> cabe distinguir, na competência privativa do Tribunal Superior Eleitoral, a regulamentação, que aí, sim, é exclusiva, específica, do Código Eleitoral e legislação comum. O preceito cogita realmente da expedição de instruções que julgar conveniente e execução do Código, das respostas sobre matéria eleitoral/ gênero – pouco importando a origem da disciplina, se constitucional e legal –, da resposta a consultas.

Por relevante, cito, ainda, nessa mesma linha, os seguintes precedentes: REspe nº 9.522/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, de 9/6/1992; REspe nº 12.641/TO, Rel. Min. Costa Leite, de 29/2/1996.

Desse modo, constatei que o TSE editava resoluções com pesos e forças diametralmente opostos. No topo, as resoluções normativas, com conteúdo de ato normativo abstrato e, por consequência, força de lei em sentido material e, na outra ponta, as respostas a consultas sem nenhum efeito vinculante ou obrigatório.

Por tais razões, no plantão judicial do dia 1º/8/2010, tive a honra de apresentar um estudo ao Senhor Presidente do TSE, Ministro Ricardo Lewandowski, com proposta de alteração no art. 25, § 3°, do Regimento Interno do TSE (BRASIL. TSE, 2008), que determinava que todas as decisões de natureza administrativa, contenciosas-administrativas e as de caráter normativo fossem editadas sob o título de resolução.

Eis a antiga redação do citado dispositivo regimental:

> Art. 25. As decisões serão tomadas por maioria de votos e redigidas pelo relator, salvo se for vencido, caso em que o presidente designará, para lavrá-las, um dos juízes cujo voto tiver sido vencedor; conterão uma síntese das questões debatidas e decididas, e serão apresentadas, o mais tardar, dentro de cinco dias. [...]
>
> § 3° Os feitos serão numerados seguidamente, em cada categoria, e as decisões serão lavradas, sob o título de acórdãos, e as contenciosas-administrativas *e as de caráter normativo, sob o título de resolução* (grifei).

A referida proposta, encaminhada pelo Memorando nº 31/SPR, foi autuada como Processo Administrativo nº 2.057-36/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, e submetido ao crivo do Plenário do TSE na Sessão de 2/8/2010, que a aprovou por unanimidade e em seguida editou a Resolução-TSE nº 23.308/2010.

A questão central do citado processo administrativo foi a redação do Regimento Interno do TSE, o qual determinava que se concedesse o *status* de "resolução" a decisões administrativas e absolutamente desprovidas de caráter normativo abstrato ou regulamentar, como nas respostas a consultas, nos casos de prestação de contas partidárias, de pedido de diárias, de alteração de estatuto partidário, entre outros.

Na justificativa que fundamentou a inicial do PA nº 2.057-36/DF, subscrevi, ainda, o seguinte:

> Com a devida vênia, não me parece apropriado nominar como 'resolução' as mais variadas decisões de natureza administrativa como, por exemplo, consultas e petições que o TSE não decida atribuir eficácia normativa ou regulamentar. Essas decisões, a toda evidência, não são originárias do poder normativo ou regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral.
>
> Não faz sentido, a meu ver, conceder-se o status de 'resolução', cuja força legal é reconhecida tanto na jurisprudência desta Corte quanto do Supremo Tribunal Federal a decisões meramente administrativas desprovidas de qualquer efeito vinculante ou eficácia normativa.
>
> É imperiosa, portanto, a necessidade de se restringir o uso do título 'resolução' apenas às decisões em que o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral exerça a sua atividade regulamentar, o seu poder normativo, no escopo de se resguardar a essência e caracterizar, de forma mais precisa, essa competência extraordinária da Justiça Eleitoral.

Com efeito, o Plenário do TSE acolheu a proposta de alteração de seu regimento interno e editou a Resolução nº 23.308, que dispõe

sobre a lavratura de acórdãos e resoluções do Tribunal, publicada no DJE de 10/8/2010, nos seguintes termos:

> Art. 1º O § 3º do art. 25 do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> § 3° Os feitos serão numerados, e as decisões serão lavradas sob o título de acórdão, *reservando-se o termo resolução àquelas decisões decorrentes do poder regulamentar do Tribunal* e nas hipóteses em que o Plenário assim o determinar, por proposta do Relator (grifei).

A alteração implementada por meio da Resolução nº 23.308/2010, representa, a meu ver, significativo aperfeiçoamento na forma de manifestação do poder normativo do TSE, uma vez que reservou o uso do título "resolução" apenas às decisões decorrentes do poder normativo e regulamentar do Tribunal e não a questões de natureza administrativa.

Na sugestão inicial, apresentei a expressão "poder normativo", mas, por proposta do eminente Ministro Marco Aurélio, o Tribunal optou por utilizar a expressão "poder regulamentar".

Em 6/8/2010, durante o I Congresso Nacional Eleitoral, organizado pela Escola Judiciária Eleitoral do TSE (BRASIL. TSE. EJE, 2010), tive a oportunidade de apresentar a tipologia e a classificação das resoluções eleitorais. Com efeito, ao pesquisar acerca da atividade normativa da Justiça Eleitoral, pude identificar quatro espécies de resoluções: [i] *normativas*; [ii] *regulamentares*; [iii] *contenciosas-administrativas*; e [iv] *consultas*, todas com o objetivo comum de organizar, regulamentar e executar as eleições.

O primeiro tipo de resolução é a *normativa*, que possui conteúdo de ato normativo abstrato e, portanto, tem força de lei em sentido material. Normalmente, essas resoluções são originárias dos processos autuados sob a classe "instrução" no âmbito do TSE. Por possuir conteúdo de ato normativo primário – lei em sentido

material –, essa sorte de resolução pode ser objeto do controle abstrato de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Por oportuno, ressalto que o STF, ao examinar a compatibilidade dessas resoluções com a Constituição Federal, não questiona o poder normativo da Justiça Eleitoral, ao revés, confirma-o, e ao fazê-lo supera a questão da inconstitucionalidade formal e passa a apreciar a constitucionalidade material desses atos normativos, inclusive quando editados por tribunais regionais eleitorais.

Nessa linha jurisprudencial, na Sessão Plenária de 6/10/2006, no julgamento da ADI nº 2.279/SC, de relatoria do Min. Celso de Mello, o STF processou e julgou a representação de inconstitucionalidade contra a Resolução nº 7.204/2000, editada pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, por verificar que se tratava de "ato estatal com suficiente densidade normativa" e em seguida indeferiu o pedido de medida liminar em acórdão assim ementado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SIMULADOR ELETRÔNICO DE VOTAÇÃO. RESOLUÇÃO DE TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. ATO IMPREGNADO DE DENSIDADE NORMATIVA. VIABILIDADE DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. PRETENSÃO DEDUZIDA PELO AUTOR QUE SE REVELA DESTITUÍDA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

Nesse mesmo sentido, a Suprema Corte reconheceu a admissibilidade da ADI nº 4.018-MC/GO, Rel. Min. Eros Grau, ajuizada pelo Partido Humanista da Solidariedade (PHS), contra as Resoluções nºs 124/2008 e 127/2008, ambas do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás, que estabeleceram regras concernentes à realização de eleições extemporâneas para a escolha de Prefeito e Vice-Prefeito no Município de Caldas Novas e implicou em limitação do universo de eleitores daquela localidade. À ocasião, o STF deferiu a liminar e assegurou a participação de todos os eleitores do referido Município.

A segunda espécie de resolução é a *regulamentar*, que consiste em ato normativo secundário, simplesmente regulamentar, que não pode ser objeto da fiscalização abstrata de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, nos autos da ADI nº 2.626/DF, de relatoria do Min. Sydney Sanches, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) e outros contra dispositivos da Resolução-TSE nº 20.993/2002, o Plenário não conheceu da representação de inconstitucionalidade sob o fundamento de que "a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado o de legalidade do poder regulamentar".

Em outro precedente, o Plenário do Supremo decidiu que o controle concentrado de constitucionalidade "pressupõe descompasso de certa norma com o Texto Fundamental, mostrando-se inadequado para impugnar-se ato regulamentador, como é a Resolução nº 20.562 do Tribunal Superior Eleitoral, de 2 de março de 2000", que dispunha sobre a distribuição dos horários de propaganda eleitoral, versada na Lei das Eleições (ADI nº 2.243/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, de 16/8/2000). Cito, ainda, no mesmo sentido, os seguintes julgados: ADI nº 1.712/SE, Rel. Min. Moreira Alves, de 27/4/2001; ADI nº 2.626/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, de 18/4/2004; ADI nº 147/DF, Rel. Min. Carlos Madeira, de 24/11/1989.

A terceira sorte de resolução identificada é a *contenciosa-administrativa,* que consiste em uma decisão de cunho administrativo cujos efeitos, em regra, vinculam somente as partes, como, por exemplo, em pedidos de alteração no estatuto de partido político (Resolução nº 23.077/2009 – Pet nº 100/DF, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, de 4/6/2009), de remoção de servidor (Resolução nº 23.174/2009 – PA nº 20.254/PI, Rel. Min. Felix Fischer, de 28/10/2009), de pagamento de diárias a servidor da Justiça Eleitoral (Resolução nº 23.263/2010 – PA nº 53.510/PI, Rel. Min. Cármen Lúcia, de 11/5/2010), de prestação de contas partidárias entre outros.

No caso dos processos de prestação de contas dos partidos políticos, o § 6º do art. 37 da Lei nº 9.096/1995, com redação dada pela Lei nº 12.034/2009, estabeleceu que "o exame da prestação

de contas dos órgãos partidários tem caráter jurisdicional". Tal qualificação, a toda evidência, decorre de equívoco técnico-legislativo.

Tecnicamente, a meu ver, a prestação de contas possui natureza administrativa. Tanto é assim, que esses processos inicialmente dispensam a representação por advogado. O objetivo prático do legislador foi atribuir um rito de processo jurisdicional, isto é, julgado na sessão jurisdicional, com ampla possibilidade de recursos aos Tribunais Regionais e ao TSE, inclusive com a imposição de recebimento com efeito suspensivo segundo o § 4º do art. 37 da Lei dos Partidos Políticos, na nova redação que lhe conferiu a minirreforma eleitoral implementada em setembro passado (cf. Resolução nº 23.192/2009 – PC nº 32/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, de 15/12/2009).

Em outro exemplo de resolução contenciosa-administrativa, cuja decisão vincula somente as partes, nos autos da Pet nº 29.453/PR, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, julgada na Sessão de 10/6/2010, a Corte editou a Resolução nº 23.276/2010 para afirmar que "não compete, originariamente ao TSE apreciar pedidos que, formulados a Tribunal Regional, colimem providências relativas à convocação de juiz eleitoral substituto daquela Corte". Em consequência, o TSE determinou o retorno dos autos ao TRE paranaense.

O último tipo de resolução é a *consulta*, editada a partir de uma resposta do TSE a questionamentos abstratos formulados por autoridade com jurisdição federal ou por órgão nacional de partido político. Essas decisões possuem natureza meramente administrativa e não jurisdicional, por isso sem nenhum efeito vinculante ou obrigatório (cf. ADI nº 1.805/DF, Rel. Min. Néri da Silveira).

Em casos excepcionais, algumas respostas às consultas podem servir de base para a edição de resolução com efeito de ato normativo abstrato, por deliberação do Plenário. Foi o caso, por exemplo, da Consulta nº 1.398/DF, Rel. Min. Asfor Rocha, formulada pelo Partido da Frente Liberal para saber se os partidos e as coligações teriam o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema

eleitoral proporcional "quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda".

Na Sessão de 27/3/2007, o TSE respondeu afirmativamente à consulta, em pronunciamento que recebeu a seguinte ementa:

> Consulta. Eleições Proporcionais. Candidato Eleito. Cancelamento de Filiação. Transferência de Partido. Vaga. Agremiação. Resposta Afirmativa.

Por consequência da antiga redação do art. 25, § 3°, do RITSE, a resposta recebeu o título de resolução, sob o nº 22.526/2010, sem, contudo, veicular caráter normativo abstrato algum.

Com base em tal resolução, o Partido Popular Socialista, o Partido da Social Democracia Brasileira e o Democratas – antigo PFL, o consulente – impetraram mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal contra decisão do então Presidente da Câmara dos Deputados, Arlindo Chinaglia, que indeferiu requerimentos administrativos formulados pelas referidas agremiações nos quais postulavam fosse declarada a vacância dos mandatos dos parlamentares que haviam mudado de legenda por infidelidade partidária (MS nº 26.602, Rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; MS nº 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia; MS nº 26.890, Rel. Min. Celso de Mello).

Após a decisão do Plenário STF, na Sessão de 4/10/2007, reconhecendo a infidelidade partidária como causa geradora de perda de mandato, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral resolveu baixar a Resolução nº 22.610/2007, com caráter normativo abstrato, na observância do que decidiu o STF nos citados *writs*, para disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de jurisdição de desfiliação partidária.

Assim, o Tribunal Pleno da Suprema Corte confirmou, em sede de mandado de segurança, o quanto decidido pelo TSE em resposta à consulta desprovida de efeito vinculante ou obrigatório.

Na prática, a Consulta nº 1.398/DF foi publicada com o título de Resolução nº 22.526/DF, sem caráter normativo abstrato; entretanto, o Plenário do STF determinou o dia 27/3/2007 (data da resposta à consulta) como marco temporal para observância da nova regra de fidelidade partidária.

Com a devida vênia, considerando que o Plenário do STF posicionava-se no sentido de que a infidelidade partidária não causava perda de mandato por ausência de previsão no art. 55 da Constituição, conforme precedentes firmados dos Mandados de Segurança nºs 20.927/DF, Rel. Min. Moreira Alves, de 11/10/1989, e 23.405/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, de 22/3/2004, penso que o ponto de partida para a observância dessa nova orientação jurisprudencial deveria coincidir com a data da sua mudança, ou seja, no dia 4/10/2007, e não com a data do julgamento da Consulta nº 1.398/DF, 27/3/2007, como determinado pela Suprema Corte.

É que o Supremo Tribunal Federal, ao fixar esses precedentes, assentou, na linha do voto condutor proferido pelo Min. Moreira Alves, o seguinte:

> em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes (MS nº 20.927/DF).

Posteriormente, o Min. Gilmar Mendes, no segundo precedente citado, assentou que,

> embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente (MS nº 23.405/GO).

Destarte, ao estabelecer o dia 27/3/2007 como data de início para a nova regra de fidelidade partidária, o STF conferiu à consulta administrativa do TSE, de 27/3/2007, uma força maior que o pronunciamento do STF na Sessão de 4/10/2007 que mudou a jurisprudência da Suprema Corte. A meu ver, somente a partir da mudança de jurisprudência do STF é que poderiam valer as novas regras de fidelidade partidária e não de uma resposta administrativa sem nenhum efeito vinculante ou obrigatório por questão de segurança jurídica constitucional.

Por conta da atipicidade dessa nova decisão a respeito da fidelidade partidária na via estreita do mandado de segurança, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, em conferência proferida no Rio de Janeiro em 30/5/2008, asseverou que "o STF produziu uma sentença que também está a reclamar um esclarecimento em termos da tipologia constitucional" (MENDES, 2008, p. 54).

Portanto, a nova tipologia das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral implementada a partir do advento da Resolução-TSE nº 23.308/2010 marca um aprimoramento na manifestação do poder normativo da Justiça Eleitoral por restringir o uso e proteger a essência do título "resolução" apenas às hipóteses em que o Tribunal exerça, de forma mais precisa, essa competência normativa extraordinária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.* Institui o Código Eleitoral.

_____. *Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974*. Dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte, em dias de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais, e dá outras providências.

_____. *Lei nº 6.996, de 7 de junho de 1982*. Dispõe sobre a utilização de processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais e dá outras providências.

_____. *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.

_____. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento da ADI nº 4.018-MC/GO*. Rel. Min. Eros Grau.

_____. *Julgamento da ADI nº 2.626/DF*. Rel. Min. Sydney Sanches.

_____. *Julgamento do MS nº 20.927/DF.* Voto condutor do Min. Moreira Alves.

_____. *Julgamento do MS nº 23.405/GO*. Voto do Min. Gilmar Mendes.

_____. *Julgamento da ADI nº 2.279/SC*. Relator Min. Celso de Mello.

_____. *Julgamento da ADI nº 1.805-MC/DF*.

_____. *Sessão Plenária de 4 de outubro de 2007.* Voto da Min. Cármen Lúcia.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 1.745/AM*. Rel. Min. Idelfonso Mascarenhas da Silva. 13 nov. 1959.

_____. *Processo Administrativo nº 2.057-36/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Sessão de 2 de agosto de 2010.

_____. *Recurso nº 1.943/RS*. Rel. Min. Pedro Paulo Penna e Costa. Sessão de 10 de julho de 1952.

_____. *Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral*: consolidado e anotado. 5. ed. Brasília: TSE, 2008. Disponível em: <http://intranet.tse.gov.br/servicos/CatalogoPublicacoes/pdf/regimento_interno/regimentoInterno.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2010.

_____. *Resolução nº 20.562, de 2 de março de 2000*. Regulamenta a propaganda eleitoral para as eleições municipais de 2000.

_____. *Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007*.

_____. *Resolução nº 23.077, de 4 de junho de 2009*. Petição. Partido da Mobilização Nacional (PMN). Alterações estatutárias. Registro. Deferimento parcial.

_____. *Resolução nº 23.192, de 15 de dezembro de 2009*. Partido político. PSC. Prestação de contas. Aprovação.

_____. *Resolução nº 23.308, de 2 de agosto de 2010*. Altera o § 3º do art. 25 do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe sobre a lavratura de acórdãos e resoluções do Tribunal.

_____. *Sessão plenária de 27 de setembro de 1990.* Julgamento do MS nº 1.263. Ministro Célio Borja.

_____. *Sessão plenária, de 13 de setembro de 1959*. Presidência do Ministro Nelson Hungria.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Escola Judiciária Eleitoral. *Congresso Nacional Eleitoral,* 1., Brasília, 6 e 7 ago. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A atividade normativa da Justiça Eleitoral no Brasil*. Direito e Democracia: debates sobre Reforma Política e Eleições. Rio de Janeiro: EJE/TRE-RJ, 2008, p. 54.

A RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL DO LEGISLADOR PELO USO DA TRIBUNA: A PROPAGANDA ELEITORAL E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Marilda de Paula Silveira

Mestre e Doutoranda em Direito Público pela UFMG. Professora de pós-graduação em Direito Eleitoral e Administrativo no IDP e na Rede LFG. Assessora Especial da Presidência do TSE.

Assevera que a inviolabilidade e a complexidade do processo legislativo não atuam como óbices absolutos à responsabilização judicial do legislador nos casos em que se identifiquem em sua atuação prejudicial ao Estado ou a terceiros, o elemento subjetivo dolo. Parte dessa premissa para demonstrar sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito brasileiro. Embora minoritárias, não faltam manifestações de descrença com as inúmeras teorias já elaboradas para impedir a responsabilização pessoal do legislador, nos casos em que, atuando culposamente (culpa *lato sensu*), concorra para prática de propaganda eleitoral irregular na tribuna. Tais manifestações têm o mérito de plantar o germe da desconfiança em meio ao aparente consenso de que o âmbito de discricionariedade do legislador seria intangível diante da intocável *mens legislatoris*.

Palavras-chave: Responsabilidade judicial; legislador; função legislativa; inviolabilidade; dolo; propaganda eleitoral.

1 INTRODUÇÃO

A opção constitucional pela divisão harmônica dos poderes não se limita a uma única *esfera de poder.*[1] Todos os Poderes acabam por expressar, seja em maior ou menor grau, todas as funções do Estado. Considerando a potencialidade lesiva que acompanha qualquer atividade desempenhada pelo ser humano,

[1]O presente estudo não perde de vista que a expressão Poder é polissêmica na própria Constituição. Cf. art. 1º, § 1º e art. 6º.

os legisladores, assim como os demais agentes públicos, estão sujeitos à produção de atos danosos no desempenho de suas atividades, os quais podem lesionar tanto o próprio Estado quanto terceiros. Cada uma dessas funções dá origem a diferentes atos, cuja produção se sujeita a formas de controle diferenciadas.

Tendo em vista a natureza própria desses atos e os diferentes fundamentos que sustentam os poderes dos quais se originam, o presente trabalho propõe-se a investigar se a inviolabilidade constitui óbice absoluto à vedação de divulgação de propaganda eleitoral na tribuna. Tal investigação encontra-se no contexto do art. 36-A da Lei nº 9.504/97.

Esta suposta barreira tem assento constitucional. No âmbito federal, tratando-se de deputados e senadores, tal prerrogativa é regulada no art. 53, que, com a Emenda Constitucional nº 35, de 2001, conferiu inviolabilidade civil e penal por quaisquer opiniões, palavras e votos. O mesmo se aplica aos âmbitos estadual e distrital, nos termos do art. 27, § 1º, CR/88. Já na seara municipal, a inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos está limitada ao que for proferido no exercício do mandato e na circunscrição do município.

Tratar-se-ia de hipótese em que ao agente público responsável acarretaria apenas a sanção administrativa – nos âmbitos federal, estadual e distrital – e responsabilidade alguma no âmbito municipal. Estaria excluído, definitivamente, qualquer tipo de responsabilidades civil e criminal pelos danos eventualmente causados ao Estado e ao cidadão por um ato legislativo.

Visando rever o posicionamento que, fundado na repartição dos poderes, defende a intangibilidade do âmbito subjetivo das decisões políticas do legislador, ao presente trabalho interessa investigar se a Justiça Eleitoral poderá restringir a propaganda eleitoral divulgada por meio da tribuna.

Não se questiona o fundamento da inviolabilidade outorgada aos agentes políticos que, em respeito à isonomia, visa à preservação

do regime democrático e das próprias instituições. Busca-se, entretanto, dar-lhes interpretação compatível com os fundamentos do Estado Democrático de Direito: garantia dos direitos fundamentais, manifestação popular direta ou representativa e limitação do poder. Afasta-se a simples proteção do legislador, mesmo quando atua ilicitamente, de forma dolosa ou culposa.

2 A INVIOLABILIDADE COMO BARREIRA À VEDAÇÃO DE PROPAGANDA

O debate a respeito da possibilidade de restrição da propaganda eleitoral produzida na tribuna ganhou força com a Lei nº 12.034/2010 que acresceu o art. 36-A à Lei nº 9.504/97. Este dispositivo excluiu das ações que poderiam ser caracterizadas como propaganda extemporânea 4 (quatro) hipóteses. Nestas, vedou-se expressamente o pedido de voto, embora se tenha franqueado aos pré-candidatos, em alguns casos, a exposição de plataformas e projetos políticos. Permitida, portanto, mesmo antes de 6 de julho do ano eleitoral, o seguinte:

> I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;
>
> II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições;
>
> III - a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; ou
>
> IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral.

Verifica-se que a norma dispõe que a "divulgação de atos parlamentares e debates legislativos" é franqueada – antes e durante o período eleitoral – "desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral". Cabe indagar, portanto, se tal regra é compatível com o sistema constitucional brasileiro.

Como já destacado, a imposição de sanção ao legislador ou a terceiro, pela divulgação de eventual propaganda eleitoral irregular, produzida na tribuna, enfrenta o obstáculo da inviolabilidade atribuída aos legisladores. É preciso, pois, verificar se a regra pode ser limitada pela investigação do elemento subjetivo do responsável pela propaganda, tendo em vista os princípios que regem o processo democrático.

A inviolabilidade é uma das prerrogativas parlamentares que podem ser definidas como garantias peculiares que lhe são outorgadas a fim de assegurar o livre exercício de suas atividades. Resguardaria, com efeito, o livre funcionamento do Poder Legislativo da ingerência dos demais poderes, além de particulares ou grupos de pressão que procurem, por meio de ações judiciais, deter a ação dos legisladores (GOMES, 1998, p.19).

Nos termos do art. 53 e 27, § 1º, CR/88, a inviolabilidade por palavras e votos exclui qualquer forma de responsabilidade relativamente ao vereador, diferentemente do que ocorre com os senadores, deputados federais, estaduais e distritais cuja inviolabilidade se limita à esfera civil e à penal. Nesses termos, os deputados e os senadores poderiam ser responsabilizados por suas palavras e votos apenas na esfera político-administrativa, pois não se sujeitariam, como os demais agentes públicos, à responsabilidade puramente administrativa, fundamentada no princípio hierárquico, de natureza disciplinar.

Assim, eventual propaganda eleitoral irregular *de forma alguma poderia ser imputada ao vereador* – imune por suas palavras. Já as palavras proferidas por deputados e senadores, que viesse a configurar alguma ilegalidade *poderiam constituir fundamento*

apenas para eventual processo político-administrativo, desde que configurado *abuso das prerrogativas asseguradas ou percepção de vantagens indevidas,* nos termos do art. 55, § 1º, da CR/88. Assim porque seriam invioláveis, civil e penalmente. Significa dizer que a atuação dos legisladores estaria alheia ao controle jurisdicional. Tal prerrogativa, que afasta a atuação do legislador do controle jurisdicional, visaria a assegurar a ampla liberdade do parlamentar no exercício do mandato, tratando-se de exceção ao regime comum.

Afora o mais, é assegurado aos parlamentares o direito de não testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato nem sobre pessoas que lhe confiaram ou deles receberam informações (art. 53, § 6º, da CR/88). Neste ponto, encontra-se grande semelhança com o sigilo sobre a fonte quando necessário ao exercício da profissão que protege os jornalistas (art. 5º, XIV, da CR/88).

Doutrinária (FALCÃO, 1955, p. 209; SOUTO, 1962, p. 102; TORON, 2004, p. 202) e jurisprudencialmente (BRASIL. STF, 2004), afirma-se que os efeitos dessas prerrogativas seriam permanentes ou perpétuos, pois, mesmo quando findo o mandato, as opiniões, palavras e votos proferidas pelo parlamentar no exercício de seu mandato ou em razão deste não poderiam fundamentar eventual responsabilidade.

O asseguramento de tal independência na Constituição de 1988 busca reafirmar o Poder Legislativo como expressão da soberania popular na restauração da democracia sem eventuais temores que pudessem "deformar a representatividade", como afirma Ataliba (1985, p. 79). Decorreria não de seu interesse pessoal, mas do interesse público no bom exercício do mandato, não cabendo nem mesmo renúncia pessoal a tais prerrogativas (FERREIRA FILHO, 1989, p. 154). Afastam-se as prerrogativas da noção de privilégio não apenas em resguardo à isonomia, mas também porque, como afirma Raul Machado Horta, citando Rui Barbosa, "é fácil desmoralizar uma instituição, pregando-lhe o

cartaz de privilégio" o qual "dispõe de irremovível impregnação egoística e antissocial" (HORTA, 2002, p. 580).

Utilizando-se dessa prerrogativa, há quem defenda que quaisquer palavras, ainda que causem prejuízo – independentemente da atuação culposa ou dolosa do legislador[2] – não lhe acarretariam responsabilidade alguma. Tratar-se-ia, portanto, de esfera que estaria indene ao controle judicial, como forma de assegurar a independência parlamentar (QUEIROZ FILHO, 2001, p. 111).

Indaga-se, contudo, se os fundamentos do Estado Democrático de Direito autorizam tal interpretação *mesmo quando as opiniões, palavras e votos não se adequam ou não se relacionam com o exercício da função legislativa,* pois, conforme muito bem assevera Figueiredo (1995b, p. 6), a legalidade estrita não mais se adequa ao paradigma constitucional atual, havendo necessidade

> [...] da existência de outras características absolutamente essenciais, tais sejam, a separação de poderes para a existência de 'freios e contrapesos', do 'juiz natural', ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou *post facto,* e, além disso e certamente, de juiz imparcial [...].

Sobressai, portanto, a preocupação de como subordinar o poder político a uma dinâmica democrática.

2.1 FUNDAMENTO DA INVIOLABILIDADE

Apontar as razões que fundamentam o instituto da inviolabilidade remonta à investigação de suas origens no mundo ocidental. Independentemente do modelo que se adote, o estudo desses aspectos históricos tem como escopo principal a análise do sentido que era dado às imunidades em cada momento, possibilitando a identificação das legítimas e necessárias adaptações

[2]A discussão relativa aos elementos necessários para identificação de dolo ou culpa na conduta do legislador será tratada mais adiante, Parte III, Título 7, item 7.3.

que demandam um Estado Democrático de Direito, questionando, até mesmo, a manutenção de certas garantias.

Doutrinariamente, duas são as teses que têm indicado os fatos que teriam dado azo à concessão de prerrogativas aos integrantes do Poder Legislativo. De um lado, apontam-se os privilégios encontrados na história medieval inglesa que foram recepcionados pelo constitucionalismo liberal (ANSON, 1903, p. 186-187); de outro, afirma-se que no processo revolucionário francês se teria formado o conceito de imunidade que se difundiu ao longo do século XIX (SOUTO, 1962, p. 29; FALCÃO, 1955, p. 19; ALEIXO, 1961, p. 23; ESMEIN, 1921, p. 384).

Os partidários da primeira tese defendem que as imunidades parlamentares vistas como garantia à preservação da harmonia dos poderes têm sua origem no sistema constitucional inglês pela "proclamação do duplo princípio da *freedom of speach* (liberdade de palavra) e da *freedom from arrest* (imunidade à prisão arbitrária) no *Bill of rights* de 1688" (ANSON, 1903, p. 186-187; MORAES, 2006, p. 413). Tal prerrogativa teria surgido em *casos concretos,* pela prisão de alguns parlamentares em razão do uso, considerado ilegal, de suas palavras e votos (FALCÃO, 1955, p. 20). A imunidade assegurava a liberdade de palavras, debates ou procedimentos, os quais não poderiam ser questionados ou impedidos em nenhuma Corte ou lugar fora do Parlamento[3].

Tal regramento surgiu como outorga do monarca aos representantes estamentais, como forma de debilitar a permanente tensão entre o rei e o reino. Tendo em vista que nessa época o Parlamento (*Cúria, Corte ou Conselho*) não era poder totalmente independente do rei – constituindo órgão de consulta, em que

[3]Darcy Azambuja registra que a imunidade material remonta à era medieval, destacando que "em 1397 o réu mandou prender o deputado Haxey, autor do *bill* que reduzira o orçamento da casa real. Dois anos mais tarde, subindo ao trono Henrique IV, julgou ilegal a prisão ordenada por seu antecessor e firmou-se o princípio de que o membro do Parlamento não pode ser responsabilizado legalmente pelas opiniões e votos emitidos no exercício de suas funções". AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado.* 23. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1984, p. 188.

pese o seu acentuado caráter obrigatório –, a imunidade constituía garantia no sentido de que seus conselhos pudessem ser ouvidos sem ameaças ou amedrontamentos (TORON, 2004, p. 216). Suas opiniões e votos emitidos no exercício das funções não os levariam aos tribunais e suas eventuais prisões por dívidas civis estariam obstadas.

Em que pese o *freedom from arrest* tenha caído em desuso uma vez abolida a prisão por dívidas, a *freedom from speech* consagrou-se na Revolução Gloriosa de 1689, dispondo o art. 9º do *Bill of Rights* que "a liberdade de palavra e os debates ou processos parlamentares não devem ser submetidos a acusação ou a apreciação em nenhum tribunal ou em qualquer lugar que não seja o próprio parlamento" (MIRANDA, 1980, p. 24). Cabe registrar, contudo, que, embora o instituto tenha surgido com ares de irresponsabilidade legislativa, a liberdade de palavras e atos no Parlamento britânico nunca foi entendida como um *direito* ilimitado dos parlamentares no exercício da função, mas como uma *garantia* contra influências externas (ANSON, 1903, p.186-187).

Um século mais tarde, inspirando-se nestes ideais ingleses, os revolucionários burgueses, na França, modelaram suas atuais imunidades parlamentares cujo primeiro antecedente é o Decreto 21, de junho de 1789, da Assembleia Nacional, o qual proclama que "[...] a pessoa de cada deputado é inviolável [...]" (ESMEIN, 1921, p. 384). Em que pese a inspiração inicial, diferentemente do Parlamento inglês, *os franceses partem do pressuposto de que os legisladores representam toda a nação e, enquanto órgão da soberania estatal, não podem ser controlados pelo Poder Judicial o qual entendem pertencer,* naquele momento, ao Antigo Regime (CARRÉ DE MALBERG, 1998, p. 892; ANDRADE, 2000).

Esta diferença fundamenta a posição dos partidários da segunda teoria.

Dessa forma, se no Antigo Regime a sacralidade e inviolabilidade recaíam sobre o rei, a transferência da soberania para o povo operada pela Revolução Francesa transferiu tal manto protetor, do qual

gozava o antigo soberano, aos representantes do povo na Assembleia Nacional. Como afirma Comparato (1999, p. 124),

> em lugar do monarca, que deixava o palco, entrava em cena uma entidade global, dotada de conotações quase sagradas, que não podiam ser contestadas abertamente pela nobreza e o clero, sob pena de sofrerem acusação de antipatriotismo.

Tal modelo fundamentava-se na *soberania parlamentar, ideia que* "levada às últimas consequências, revela-se incompatível com outra ideia que a do poder controlando o poder" (TORON, 2004, p. 225).

Conquanto tanto o regime inglês quanto o francês tenham-lhe servido de inspiração, as imunidades concedidas aos parlamentares nas monarquias constitucionais, onde não houve *ruptura*[4]*,* assumiram papel um pouco diverso. Tendo em vista que a sociedade civil era representada pelo Parlamento, enquanto o rei chefiava o Estado, os textos constitucionais fundamentaram a imunidade no *princípio representativo* (DUGUIT, 1924. p. 206; TORON, 2004, p. 226).

Nesse sentido, a imunidade apresenta-se como *garantia* à manutenção do Poder Legislativo.

Assim, conforme se extrai dos vários autores que se dedicaram ao estudo da matéria, o fundamento da imunidade residiria na *preservação da independência do Poder Legislativo,* "seu real destinatário em face dos outros poderes do Estado"[5], ou seja, na harmonia entre os poderes. Tratar-se-ia de garantias institucionais contra o próprio Estado, para preservar a instituição protegida (TORON, 2004, p. 204).

---

[4]Ruptura entendida aqui como os fatos decorrentes da Revolução Francesa. Em que pese a utilização do substantivo, apenas para diferenciar regimes, não se desconhece a constante crítica feita especialmente por historiadores no sentido de que tal Revolução não caracterizou ruptura histórica.

[5]Na jurisprudência, cita-se Min. Celso de Mello. Inq. 510, RTJ nº 135/509. Doutrinariamente, por todos, ALEIXO, 1961, p. 59; PINTO, Paulo Brossard de

Afirma-se que a necessidade de tais prerrogativas sobressai sob um regime de força, em que as prerrogativas parlamentares poderiam garantir um mínimo espaço para manifestação da oposição, se não o funcionamento do próprio Poder Legislativo (PINTO, 1969, p. 20).

Não se tratando de direito subjetivo do parlamentar, como visto, essa diferenciação de tratamento não se faz em razão da pessoa do legislador – como outrora ocorria com o imperador ou com a dignidade do cargo ou pessoa nas ordenações (TORON, 2004, p. 205); direciona-se, na verdade, à função legislativa, que, possuindo natureza especial, demandaria proteção diferenciada.

Com efeito, o fundamento da inviolabilidade está na tentativa de impedir que os detentores das demais funções do Estado ou, mesmo, das *forças externas* exerçam pressão sobre os parlamentares, impedindo-os de desempenhar com liberdade suas funções (LAFERRIÈRE, 1947, p. 706). Busca-se a preservação da autonomia legislativa no momento em que os legisladores proferem suas *opiniões, palavras e votos*. Como muito bem destaca Toron (2004, p. 202), embora o senso comum confunda as imunidades com regalias pessoais dos legisladores ou privilégios, estas "se colocam no plano da garantia de independência do Legislativo, vale dizer, do Poder como um todo."

Tais postulados, dos quais decorrem as prerrogativas parlamentares, tiveram inegável influência da teoria da divisão dos poderes de Montesquieu[6], que objetiva a convivência equilibrada das funções estatais, sempre refutando a hegemonia ou subordinação de um poder sobre o outro. O postulado do equilíbrio foi destacado, especialmente, por Schimit (1934, p. 216) ao afirmar

Souza. *A imunidade parlamentar*. Porto Alegre: Editora Globo: 1969, p. 28; ALMEIDA, Fabiana Menezes de. *Imunidades Parlamentares.* Brasília: Câmara dos Deputados, 1982, p. 51. GOMES, 1998, p. 54.

[6]A primeira manifestação de um princípio de divisão de poderes pode ser verificada em Aristóteles (*Politique,* Livro III, Capítulo 10). Na Idade Média, Locke formulou a teoria da separação tripartite dos poderes, que foi aperfeiçoada por Montesquieu em 1748, preocupando-se, sobretudo, com a proteção de liberdade contra a tirania (*De l'esprit des lois,* Capítulo VI, Livro XI).

que a divisão dos poderes pressupõe o estabelecimento de um sistema de pesos e contrapesos, o que foi, de forma categórica, adotado pela Constituição brasileira de 1988, ao transformar em cláusula pétrea a *separação dos poderes* (arts. 2º, § 4º, e 60, § 4º, III, da CR/88).

Especificamente no exercício da função legislativa, seara a que se limita o objeto do estudo, busca-se desvendar se a interpretação que se tem dado à inviolabilidade, juntamente com as alterações constitucionais, são compatíveis com a tão cara pretensão constitucional da Democracia. Com efeito, a investigação do presente trabalho não se concentra no âmbito de incidência da inviolabilidade. Não se limita, portanto, aos atos a que a proteção se dirige. Busca-se pesquisar, na verdade, se os atos do legislador, ou seja, suas opiniões, palavras e votos – sejam quais forem – estão protegidos independentemente da razão que os guiem. Pretende-se verificar qual interpretação da inviolabilidade a *quaisquer opiniões, palavras e votos*, melhor se adequa a harmonia dos poderes.

2.2 INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E COM O PRÓPRIO FUNDAMENTO DA INVIOLABILIDADE: ISONOMIA E INTENÇÃO DO LEGISLADOR

Como visto, fundando-se na divisão dos poderes, a inviolabilidade tem sido interpretada como óbice genérico à responsabilização do legislador. Nestes termos, o titular do poder legislativo não se sujeitaria à responsabilidade judicial, civil ou penal, pelos atos que pratica no exercício de sua função. Não havendo instrumento de responsabilização pessoal do legislador cuja competência seja dada ao Poder Executivo, restaria apenas o procedimento político para perda de mandato, que compete ao próprio Poder Legislativo (art. 29, IX e 55, § 2º, CR/88). Contudo, caracterizando-se tal procedimento como *ato interna corporis* está sujeito a controle judicial limitado:

> [...] o corpo legislativo é, a um só tempo, o destinatário e o juiz: o destinatário, porque o mandamento se dirige ao órgão ou à parte dele encarregada de dirigir o seu funcionamento, e ao juiz, porque as questões referentes à sua observância são por ele próprio soberanamente resolvidas, de acordo com o processo estabelecido no seu próprio regimento (CAMPOS, 1956, p. 115-117).

Diante deste quadro, convencionou-se aceitar que seria compatível com o fundamento da harmonia dos poderes e com os princípios do Estado Democrático de Direito, que diante de um ato legislativo danoso[7] apenas incida o controle de constitucionalidade e eventual responsabilidade do próprio Estado[8]. Tal pensamento levou Bielsa (1955, p. 538) a afirmar que "o legislador pode ditar leis inconstitucionais, sem outra sanção que a declaração como tal pelo Poder Judiciário, e tão somente em casos ocorrentes, quando provocado pela parte interessada".

Partindo de tal premissa, caso um ato legislativo provocasse danos ao Estado[9] os ônus da responsabilidade recairiam exclusivamente sobre este, sendo indiretamente distribuídos a toda coletividade. Por outro lado, o legislador causador do dano, independentemente das razões que o levaram a prática do ato, não se sujeitaria a qualquer responsabilidade judicial – patrimonial ou não. Restaria, apenas submetê-lo a eventual procedimento político administrativo para perda do mandato.

O estudo dos autores que cuidaram do tema leva à identificação de um mesmo fundamento para a defesa da inviolabilidade genérica do legislador: o parlamentar no exercício

[7]Constitucional ou não, conforme se demonstrará na Parte II, Título 5, item 5.2.

[8]Responsabilidade esta que só foi reconhecida muito recentemente, como aprofundado na Parte I, Título II, item 2.2.

[9]Os danos que recaem sobre o Estado podem ser conceituados como diretos ou indiretos. Os danos diretos são aqueles provocados ao próprio Estado; já os indiretos são os que atingem terceiros, que podem se voltar contra o Estado por meio da ação de regresso (art. 37, § 6º, CR/88). Esta questão voltará a ser abordada na Parte III, Título 7, item 7.1.

da função legislativa ocuparia a condição de *agente político* que se incumbiria da produção de *atos de governo*. A opção que precedesse a formação destes atos não seria passível de *qualificação jurídica*, eis que definidores dos destinos da nação (HAURIOU, 1964-1965, p. 757; LAUBADÈRE, 1951-1952, p. 282-283; VEDEL, 1954-1955, p. 668).

Assim, a produção desses atos estaria sob um regime especial de responsabilidade, imune ao controle judicial. O único controle externo admitido seria o de constitucionalidade, realizado pelo Poder Judiciário, o qual se limitaria à determinação de manutenção dos atos no Ordenamento Jurídico.

Sustenta-se, portanto, que a Constituição teria expandido – ou evoluído – o controle dos atos normativos, mantendo, contudo, a limitação relativamente ao agente responsável pela produção do ato. Assim, o fato de o legislador encontrar-se no desempenho de atividade superior no Estado suprimiria dos demais poderes a possibilidade de responsabilizá-lo não só pelas opções equivocadas que faz, mas por sua atuação dolosa ou culposa.

Contudo, não restam dúvidas de que o extraordinário progresso do poder de legislar, produtor de uma exagerada inflação legislativa, favoreceu tanto o aparecimento de maior número de equívocos quanto o mascaramento das fraudes. Atualmente, ninguém se apega à ideia de que os agentes sempre agem buscando a proteção do interesse público. O problema surge justamente quando o legislador não age com fidelidade, e busca objetivo bastante diverso dos que lhe são atribuídos constitucionalmente. Tal ideário não mais se coaduna com os dias atuais, mostrando-se insuficiente para o atendimento dos princípios constitucionais no nosso Estado Democrático de Direito, especialmente com a independência e harmonia dos poderes (arts. 2º, § 4º, e 60, § 4º, III, da CR/88).

Por mais que se tenha absorvido a ideia de que foram as leis que afastaram o absolutismo e o arbítrio, limitando o poder monárquico, em diversos países, inclusive no Brasil, o Estado de

Direito foi, muitas vezes, equiparado a um "Estado legal"[10], deturpado para que a legitimidade das normas fosse desprezada, encobrindo-se o arbítrio. Entre outros episódios brasileiros que retratam tal situação, Bonavides (2001, p. 203) aponta a ditadura iniciada em 1964 como a mais abominável, "por haver mantido aberto um Congresso de Fantoche, debaixo de uma Constituição de fachada, outorgada pelo regime autoritário".

Não se pode, portanto, negar o fato de que os legisladores praticam atos em desacordo com as prescrições constitucionais, pelas mais diversas razões. Contudo, a interpretação que se dá ao sistema atualmente preocupa-se apenas com o *ato legislativo*, permitindo que as leis inconstitucionais sejam retiradas do ordenamento jurídico.

Não se preocupa com a *forma de atuação do legislador*. Embora este meio de fiscalização abstrato e concreto de constitucionalidade apresente-se como uma técnica de defesa da Constituição pelo método de contenção do poder, não deixa de se preocupar apenas com ordem do sistema normativo.

Tal entendimento não se atenta para o fato de que a garantia de observância dos princípios constitucionais cumpre a mesma finalidade. Punir os desvios do legislador, assegurando a moralidade, também consubstancia limitação do poder político e defesa da Constituição (NASCIMENTO, 2002, p. 413). Propugnar a irresponsabilidade parlamentar contradiz justamente o fundamento da inviolabilidade e um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que é a manutenção da harmonia entre os poderes pela *limitação do poder*. Defender que apenas os integrantes do Poder Legislativo não sejam responsabilizados pessoalmente pelos atos que pratiquem no exercício de sua função é afastar a supremacia da Constituição, conceito mais democrático que a antiga noção de soberania do parlamento (NASCIMENTO, 2002, p. 414).

[10]Em que, diferentemente do Estado de Direito, bastaria a submissão à lei, independentemente da democracia, soberania popular ou representação política. ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional.* 2. ed. Madri: Tecnos, 1996. v. 1, p. 93-96.

Como muito bem destaca, ainda uma vez, Bonavides (2006, p. 539), a teoria constitucional das garantias institucionais pretende que "determinadas instituições jurídicas devem ser resguardadas de uma supressão ou ofensa ao seu conteúdo essencial ou esfera medular, por parte do Estado, sobretudo do legislador". Dessa forma, não atende ao sistema de pesos e contrapesos este pretenso controle, que se limita ao estabelecimento de barreiras somente em face dos atos inválidos, sem repreensão direta aos legisladores, responsáveis por sua prática. Tratando-se de prerrogativa que visa à proteção do Estado, a inviolabilidade só é legítima

> [...] se aqueles que a detêm a empregam no cumprimento das obrigações negativas e positivas que impõe a regra de direito, isto é, se a empregam na realização do direito. O direito não é, seguindo a expressão de Jhering, a política da força; é o limite da força (DUGUIT, 1901, p. 15).

Não é por outra razão que o *Supremo Tribunal Federal*, em diversos julgados, tem manifestado que a proteção da inviolabilidade "não cobre as ofensas que, pelo conteúdo e o contexto em que perpetradas, sejam de todo alheias à condição de Deputado ou Senador do agente"[11]. Afirma-se que apenas as opiniões, palavras e votos que se relacionem ao regular exercício do mandato estariam protegidas pela garantia em questão.

De fato, enquanto em um regime ditatorial as prerrogativas parlamentares assumem relevante papel na manutenção do espaço de debate, especialmente para as minorias, na democracia *sua importância deve ser limitada pela existência de Poderes independentes*, que atuam como freios aos abusos. Nessa esteira, Capelletti (1993, p.19) chega a afirmar que "a expansão do papel

[11]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Inq 1905-DF. Não cobre, pois, a inviolabilidade parlamentar a alegada ofensa a propósito de quizílias intrapartidárias endereçadas pelo Presidente da agremiação – que não é necessariamente um congressista – contra correligionário seu. II. Crime contra a honra: inexistência em entrevista que não ultrapassa as raias da crítica à atuação partidária de alguém. DJ 21/5/07. v. 02152-01, p. 11. No mesmo sentido, também da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, Inq. 1344 e do Min. Sidney Sanches, Inq. 1710.

do judiciário representa o necessário contrapeso num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do estado moderno.

Não foi por outra razão que o Constituinte de 1988 – ao ampliar os parâmetros da ação popular, do mandado de segurança e criar novos *remédios constitucionais*, apostou no Poder Judiciário como garantidor de princípios e direitos, afastando o risco de impunidade. Como salienta Nascimento (2002, p. 413), ao tratar da improbidade legislativa:

> A impunidade fere a democracia, porque reduz o prestígio do acatamento das regras, corroendo as bases da vida em comum. A falta de mecanismos institucionais de controle sobre o exercício do poder traz em si a tentação do golpe de Estado como meio de substituir a autoridade não legitimada.

Suprimindo-se do legislador a propalada superioridade, não se pretende, por evidente, atribuí-la ao Poder Judiciário. Certo é que a cada Poder incumbem atribuições específicas e privativas, no seio das quais proferem a palavra derradeira, ainda que não seja a melhor ou mais sábia. Contudo, tal independência não pode ser invocada para estabelecer um indevassável círculo de imunidade, especialmente quando a atuação do agente é pautada por interesses que não se adequam aos ditames constitucionais, revelados pelo dolo.

Registra, ainda, Ferreira Filho, citando Glotz e Cloché (1951, p. 74) que em Atenas, embora todo cidadão tivesse o direito a iniciativa das leis, essa prerrogativa poderia envolver a responsabilidade do proponente pelo mérito da proposta. Eventual ação de ilegalidade poderia ser movida por qualquer cidadão contra o proponente da lei e o presidente da Assembleia que a votara. Além disso, qualquer cidadão poderia pedir reparação aos responsáveis, por meio de ação própria, pelos prejuízos que a lei anulada causasse à República (GLOTZ, 1970, p. 211). Caso o tribunal popular julgasse "ser a lei contrária aos interesses do povo ateniense, ou a leis anteriores, ou, ainda,

viciada pelo desrespeito às formas do procedimento legislativo" além de anular-se a lei impugnada (CLOCHÉ, 1951, p. 210),

> aquele que a propusera e os responsáveis por sua discussão e votação, particularmente o presidente da Assembleia popular, eram condenados a penas que iam desde a multa (a mais frequente) até a morte (CLOCHÉ, 1951, p. 214; FERREIRA FILHO, 2002, p. 26).

Evidentemente, não se pode pretender retornar a Atenas, buscando o total e irrestrito controle das atividades legislativas. Posição como esta feriria, igualmente, a harmonia dos poderes, criando o que Loewenstein (1986, p. 323) denominou "judicialização da política", que conduziria, inevitavelmente, à "politização da justiça". Assim, o Poder Legislativo não se submete ao Poder Judiciário enquanto órgão. Entretanto, assim como todos os poderes do Estado, o Legislativo também se submete à Constituição (STEIN, 1973, p. 52-53).

Nesse sentido é que a atuação judicial, complementada pela própria sociedade civil, deve rever a extensão que se tem dado à inviolabilidade. Afinal, limitar o controle dos demais poderes sobre o Poder Legislativo apenas ao ato, esmaece sobremaneira a própria democracia, quadro temido pelo próprio Montesquieu (1997, p. 202) ao afirmar que "quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados o poder legislativo é reunido ao Poder Executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente".

Não se pode ignorar que a conduta ou comportamento legislativo envolve não só influências de crises sociais e opinião pública, mas também a atuação dos *lobbies*, composições e acordos partidários que, muitas vezes, atuam de forma perniciosa na produção legislativa (SAMPAIO, 1968, p. 1-2). É preciso definir e conhecer estes objetivos, porque, o poder sem propósitos é apenas um efeito sem objetivos.

Mesmo porque a opção representativa feita pelo Estado Democrático de Direito afasta a efetiva expressão dos interesses dos

indivíduos ou dos grupos pelos detentores do poder, de modo que, como registra Loewenstein, a existência de instrumentos de pressão é considerada normal, tratando-se de "uma regra constitucional não escrita de todos os estados constitucionais democráticos serem os grupos de interesse consultados pelo governo sobre a legislação bem como serem ouvidos [...]". Em que pese a vantagem da intervenção destes grupos, consubstanciada na apresentação de conhecimentos técnicos, a real desvantagem há de ser considerada:

> [...] por ser não oficial, e geralmente clandestina, a ação dos grupos pode ser daninha e é sempre perigosa para a comunidade. De fato, essa clandestinidade facilita o emprego de meios condenáveis para a obtenção de vantagem muitas vezes desproporcionadas. E reduz não raro o êxito de uma política ao resultado do embate entre pressões de força diferente. Ora, a força de pressão de um grupo não é proporcional à sua importância para o todo (FERREIRA FILHO, 2002, p. 97).

Pensar a inviolabilidade como garantia que impede a responsabilização do legislador, ignorando todo este comportamento ou intenção legislativa, não mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito que exige "*consciência* do que está sendo decidido e executado, participação na decisão e execução, e *responsabilidade pela decisão ou o fim visado por ela*" (SLAIB FILHO, 1992, p. 1123-124). Pensar de forma diversa é apegar-se às raízes que se encontram, há muito, no passado, como destaca Rocha (1994, p. 284):

> Os espaços cunhados para dar refúgio e inoperância ao regime da responsabilidade estatal, como o dos atos legislativos e, em especial, dos atos judiciais, traçam infelizes argumentos de séculos em que o autoritarismo era a regra, a sobranceira arbitrária o valor e os direitos dos particulares meras conveniências dos poderosos. É um embaraço à dinâmica da democracia e ao acatamento de seus princípios a permanência de tais argumentos, que não resistem a qualquer impugnação jurídica mais séria do que a simples continuidade de privilégios acima da garantia de controle das atividades estatais e da eficácia dos direitos dos cidadãos.

O traço essencial do constitucionalismo é a proteção da liberdade individual, mediante a *limitação do Poder Público*. A mera circunstância de possuir uma Constituição não é suficiente para que se assegure os princípios do Estado Democrático de Direito (BACHOF, 1994, p. 46). Necessário será que aquela, desde que estruture a organização e funcionamento de seus poderes públicos, consagre um sistema de garantias da liberdade por meio de restrições ou limitações endereçadas ao Estado. E, para tanto, não parece bastar uma interpretação ampla de qualquer prerrogativa, restringindo-se ao que dispõe estritamente o texto constitucional, pois, como registra Ferreira Filho (2002, p. 1):

> [...] o direito não é só norma. É também, como ensina o mestre Miguel Reale, fato e valor. Destarte, um estudo jurídico não se completa se ficar na exegese das normas, se não integrar nessa tarefa primordial a verificação da realidade e a identificação dos valores a inscrever. Sem dúvida, o exame dos valores pertence precipuamente ao campo da filosofia, sem dúvida, o estudo da realidade social é objeto de ciência específica, mas a interpretação de qualquer norma pressupõe um e outro, devendo o jurista, para ser verdadeiramente um cultor da ciência, saber integrar na exegese das normas a apreciação dos fatos e o julgamento dos valores.

O fundamento das prerrogativas parlamentares, portanto, deve ser interpretado em acordo com todo o contexto constitucional. E, nesse sentido, sua aplicação irrestrita não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito. De fato, o acréscimo ao Estado de Direito do vocábulo *democrático* ancorou sua finalidade no terreno da legitimidade (SILVA, 2006, p. 114), como emanação da vontade popular, inclusiva não apenas quanto aos direitos civis e políticos, mas também quanto aos sociais, com satisfação das necessidades materiais dos cidadãos.

Os direitos sociais no Estado atual merecem efetivação, razão pela qual se assiste à já referida crescente jurisdicionalização da política, com sujeição ao controle judicial das prioridades definidas politicamente, especialmente quando estão em pauta os direitos fundamentais (COMPARATO, 1987, p. 20). Aquilo que outrora

pertencia ao campo intangível da conveniência e oportunidade estatal passa a ser revisto por decisões judiciais que, seguindo os princípios e objetivos vinculados pela Constituição, redefinem prioridades outrora definidas politicamente.

Não é por outra razão que José Afonso da Silva faz questão de destacar que o Estado de Direito não se confunde simplesmente com um Estado da legalidade, de modo que tal princípio constitui um de seus fundamentos essenciais, mas não o único suficiente. Com mais razão, esta afirmação encontra supedâneo numa organização republicana e democrática, caso do Brasil regido pela Constituição de 1988 (SILVA, 2006, p. 101), que propugna o governo dos iguais. Afasta-se do sistema monárquico, em que o imperador não se sujeitava à responsabilidade alguma, para adotar uma sociedade democrática em que não se concebe pessoas à margem ou acima da lei, sem responsabilidade ou injustificadamente acobertadas por privilégios. Com efeito, conforme registra o Min. Celso de Mello no voto condutor do Habeas Corpus nº 80.511-6-MG, "a responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da ideia republicana" (BRASIL. STF, 2005, p. 462-464), de modo que a prestação de contas ou *accountability*, é da essência do princípio republicano.

Não se pode negar que o direito opera com discriminações, muitas vezes indispensáveis à própria manutenção da ordem jurídica. Tendo em vista que nosso Estado se funda na isonomia jurídica, o critério determinante da validade das discriminações é a *proibição do arbítrio*. Significa dizer que interpretações ou medidas distintivas devem guardar a devida proporção com a finalidade lógica perseguida em cada caso pela Constituição ou preceitos normativos infraconstitucionais (BARROSO, 1999, p. 215; BONAVIDES, 1985, p. 313; CANOTILHO, 1999, p. 401; MELLO, 1999, p. 1)7.

Esta interpretação pautada pela isonomia jurídica funda-se na "adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de base", não havendo como fugir dos valores vigentes em dado momento e lugar (MELLO,

1999, p. 39). Não cabe, portanto, estender a inviolabilidade além do que sua finalidade justifique, medida que pode ser encontrada na razoabilidade.

Ponderando-se que a medida imposta pela razoabilidade se pauta pelos "valores vigentes em dado momento e lugar" (BARROSO, 1999, p. 215), os parâmetros que outrora justificaram a ampliação da interpretação dada à inviolabilidade parlamentar não permanecem até os dias atuais, em que os verdadeiros atores políticos são os partidos (MOREIRA; CANOTILHO, 1991, p. 195-196). Mesmo porque o equilíbrio entre os poderes se apresenta a um só tempo como fundamento justificador das prerrogativas parlamentares e como seu limite. Assim porque os parâmetros de tal discriminação se destacam como contrapeso no sistema de *checks and balances*.

Dessa forma, se as imunidades parlamentares se apresentam como uma das consequências da separação dos poderes, a barreira que impõe ao Poder Executivo e Poder Judiciário não pode ser absoluta, de modo a compatibilizar-se com o controle mútuo imposto pelo art. 2º, da CR/88. Ou a referida inviolabilidade é interpretada em consonância com as demais normas constitucionais, submetendo-se ao Direito, ou equiparar-se-á a um privilégio tal qual outrora se outorgava ao Imperador. Com efeito, não se pode olvidar que a ação parlamentar se confronta diretamente com particulares e com o próprio Estado que venham a ser atingidos por atos legislativos danosos.

A autonomia conferida à expressão das opiniões, palavras e votos dos legisladores não alberga a manifestação de interesses escusos ou desinteresse (= negligência) no exercício da função, em que pese a tal prerrogativa elastecer sua discricionaridade. Dessa forma, mesmo que seus padrões de responsabilidade sejam diferenciados, eles não são excluídos, como adverte Machado (2003, p. 33):

> Não existe, todavia, uma linha divisória separando a responsabilidade dos agentes políticos da responsabilidade dos agentes administrativos. Nem nos parece que a distinção deva ser estabelecida

> simplesmente em razão da qualidade do agente, sem levar em consideração o caso concreto em que a responsabilidade deva ser apurada [...]
>
> Não se pode, portanto, afirmar que a responsabilidade do agente político é sempre diversa da responsabilidade do agente administrativo. O que define a responsabilidade não é a condição de agente político, ou de agente administrativo, mas a natureza da decisão adotada por um, ou pelo outro. Se a decisão é jurídica, vale dizer, se implica cumprir ou não cumprir uma norma, haverá sempre a responsabilidade subjetiva do agente, seja ele agente político ou agente administrativo. Se a decisão é política, vale dizer, caracteriza apenas o exercício de uma opção política, a responsabilidade então resta mitigada, fazendo-se presente apenas nos casos em que exista desvio ou abuso de poder.

De fato, não se pode ignorar a complexidade do sistema de *freios e contrapesos*, especialmente quando aplicado ao Estado Democrático de Direito, no qual se deve compatibilizar com inúmeros outros princípios constitucionais. A positivação constitucional da divisão dos poderes, como um dos fundamentos do Estado, apresenta-se como garantia de que os poderes estatais não serão exercidos por um único centro, mas que serão distribuídos de forma equânime. Exatamente por esta razão o art. 5º, XXXV, da CR/88 autoriza o recurso ao Poder Judiciário caso se identifique qualquer lesão ou ameaça a direito, independentemente de sua origem ou de seu órgão emissor.

Não se desconhecem as críticas à teoria da divisão e harmonia dos poderes[12] e menos ainda as crescentes afirmações de que perfeita independência e harmonia jamais teria *existido* (CASSEB, 1999, p. 80). Entretanto, tais críticas não são razões suficientes para se ignorar opção feita pelo constituinte originário, que colocou tal

[12]Benjamin Constant publicou livro em que pretendeu demonstrar a inviabilidade do sistema de freios e contrapesos da forma preconizada por Montesquieu, tendo desenvolvido teoria em que defendia a necessidade de um quarto poder – Poder régio ou neutro –, cuja competência seria preservar e reparar eventual choque entre os demais poderes. CONSTANT, Benjamim. *Cours de politique constitutionnelle.* 10. ed, Paris: Librairie de Guillaumin et Ctr, 1872. t. I, p. 19.

norma entre os princípios fundamentais da República (art. 2º) e a erigiu à cláusula pétrea (art. 60, § 4º).

Ao contrário, o receio de que os poderes se desencontrem ou se choquem – que deu origem à proposta de um quarto poder – só reforça a noção de que o sistema de *checks and balances* não se compatibiliza com a absoluta ausência de responsabilização externa de um dos poderes, especialmente do Poder Legislativo, relativamente a seus agentes. Os gravames da imperfeição do sistema só se agigantam com a referida ausência de controle. Não se pretende exigir, nos termos de advertência formulada por Rousseau (1929, p. 58-59), que, para formular as leis os legisladores sejam "deuses" que possuam "inteligência superior", por meio da qual possam "enxergar todas as paixões dos homens, sem que fossem suscetíveis de as experimentar". Almeja-se, apenas, que sua atuação intencionalmente imperfeita não seja ignorada.

CONCLUSÃO

A defesa da inviolabilidade como barreira à responsabilização do legislador, impossibilitando-se de antemão a averiguação de seus propósitos, configura *interpretação inconstitucional* do art. 53, CR/88[13]. A leitura da inviolabilidade para quaisquer opiniões, palavras e votos, no âmbito civil e penal, apenas admite interpretação conformada ao art. 55, § 1º da Constituição e aos princípios constitucionais da isonomia, harmonia dos poderes e devido processo legal. A prerrogativa da inviolabilidade deve-se limitar aos atos em que o agente tenha ao menos a *intenção* de atingir a finalidade constitucional, em que pese a nem sempre fazer a melhor escolha.

Também não se questiona fazer parte do exercício da função legislativa lidar com pressões de grupos econômicos que financiam campanhas eleitorais – afinal, trata-se de financiamento lícito – e

[13]Ampliando ainda mais o conceito, Otto Bachof sustenta a possibilidade de as próprias normas constitucionais serem inválidas quando violadoras dos princípios do Estado de Direito. BACHOF, 1994, p. 21 e 31.

dos grupos de poder, que existem em todos os países. Questiona-se, na verdade, a constitucionalidade de interpretação que estende a inviolabilidade às palavras e aos votos que cedem a estas pressões não por convicção, mas por interesses alheios ao Estado. Questiona-se a inviolabilidade que pretende ignorar a quebra de sigilo telefônico, prova documental e testemunhas que comprovem o *dolo* de legislador na pretensão de captar votos em *divulgação que ultrapasse os limites da Casa Legislativa*. Afinal,

> é elementar, no sistema republicano, a possibilidade de se responsabilizar todo e qualquer governante. Esta consideração preliminar é feita para afastar entendimento equivocado no sentido de que a punição de um agente político configuraria agressão ao sistema constitucional. Ora, agressão ao sistema é não usar a possibilidade de responsabilização de todo e qualquer governante. Agredir o sistema é não aplicar esse mesmo sistema em toda a sua inteireza (DALLARI, 2000, p. 1-2).

A isenção do legislador da responsabilidade pessoal fundada na interpretação atual da inviolabilidade, além de inconstitucional, leva a um grave problema de cunho prático: os legisladores não se acanham de subir à tribuna com a finalidade exclusiva de *mencionar a possível candidatura e fazer pedido de votos ou de apoio eleitoral*, cientes de que tal mensagem será transmitida por uma rede de TV pública ou privada.

Não só as leis, mas o próprio Poder Legislativo também perde credibilidade perante os cidadãos, que veem seus representantes legisladores cederem a grupos de pressão, legislar em causa própria e causar prejuízos a particulares e ao próprio Estado sem sofrer, diretamente, qualquer tipo de sanção. Quando muito, são julgados por seus próprios pares (BRASIL. STF, 1997).

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do estado por atos legislativos e jurisdicionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ALEIXO, Pedro. Imunidades parlamentares. Belo Horizonte, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 1961.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano.* 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ALMEIDA, Fabiana Menezes de. *Imunidades parlamentares.* Brasília: Câmara dos Deputados, 1982.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional.* 2. ed. Madri: Tecnos, 1996. v. 1.

ANDRADE, Juliana Campos Horta. *Imunidades parlamentares.* 126 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, UFMG, 2000.

ANSON, Willian R. *Loi e pratique constitutionnelles de l'Angraterre*: le parlement. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. e nota prévia José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARROS, Octávio Augusto Machado de. *Responsabilidade pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição:* fundamento de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARTHÉLEMY. H. *Traité elementaire de droit administratif.* Paris: Rousseau & Cie. Éditeurs, 1933.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. v. 1.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1955. t. 3.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 18. ed. São Paulo: Malheiros.

_____. *Política e constituição*: os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 80.511-6-MG. Rel. Min. Celso de Mello. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. nº 162, p. 462-464, ago. 2005.

_____. Inq 2036-PA. Considerações acerca da inviolabilidade e sua cumulação com as prerrogativas profissionais. Rel. Carlos Britto. *Diário da Justiça*, v. 2169-01, p. 82, 22 out. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 172.720-9/RJ. Rel. Min. Francisco Resek. *Diário da Justiça*, v. 1858-04, p. 727, 21 fev. 1997.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reemp. 1999. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARRILO SMITH, Carlos. Responsabilidad del Estado por acto legislativo. *Revista del Foro.* Lima, p. 145-150, 1988.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría general del Estado.* Trad. José Lión Depetre. 2. ed., 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro, Instituto de estudos jurídicos, v. 6. p. 207-215, 1991.

CASSEB, Paulo Adib. Legislativo x Judiciário. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo:* nova série. v. 2, nº 3, p. 79-100. jan./jun. 1999.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado.* Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905.

CLOCHÉ, Paul. *Democratie athenienne*. Paris: Presses universitaires, 1951.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*. nº 737, p. 20, mar. 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar.* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Responsabilidade civil do Estado legislador. *Responsabilidade civil*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

DALLARI, Adilson Abreu. A responsabilidade do agente político. *Jus navigandi*, Teresina, a. 4, nº 42, jun. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=354>.

DE JOUVENEL, Bertrand. *Du pouvoir*. Geneve: Constant Bourquin Editeur, 1947.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho (publico y privado).* Trad. Adolfo G. Posada, Rámon Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1975.

ESMEIN, A. *Élements de droit constitutionnel français et comparé*. 7. ed. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1921. t. 2.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Da imunidade parlamentar*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

FERRAZ, Luciano de Araújo. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado.* São Paulo: Malheiros.

FERRARI, Regina Maria Nery. Aspectos polêmicos da responsabilidade patrimonial do Estado decorrente de atos legislativos. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 31, nº 2, p. 73, abr./jun. 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 11, p. 5-20, 1995b.

FREITAS, Maria Helena D'Arbo de. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos*. Franca: Unesp, 2001.

GARCÍA, Eloy. *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*. Madri: Tecnos, 1989.

GLOTZ, Gustave. *La cité Grecque.* Paris: Albin Michel, 1970.

GOMES, Carla Amado. *As imunidades parlamentares no direito português.* Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

HAURIOU, André. *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques.* Paris: Les Cours de Droit, 1964-1965.

HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LAFERRIÈRE, Édouarde. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. *Paris/Nancy: Berger-Levrault et Cie,* 1896. v. 1, *apud* ALCÂNTARA, 1988.

LAFERRIÈRE, Julien. *Manuel de droit constitutionnel.* 2. ed. Paris: Domat Montchrestien, 1947.

LAUBADÈRE, M. A. de. *Cours de droit constitutionnel.* Paris: Les Cours de Droit, 1951-1952.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 1, nº 1, p. 111-118, out./dez. 2001.

LOEWENSNTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel Derecho, 1986.

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 365, p. 25-42, jan./fev. 2003.

MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos.* Coimbra: Almedina, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 7. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

MIRANDA, Jorge (Trad.). *Textos históricos de direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1980.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez. (Org.). *Responsabilidade civil do Estado.* São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis.* São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Improbidade legislativa. In: SAMPAIO, José Adércio et al. (Org.). *Improbidade administrativa*: 10 anos da Lei nº 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

OLIVEIRA, Antônio Gonçalves. Cláusula ouro – responsabilidade civil do Estado por ato legislativo – juízo arbitral (parecer). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, p. 57-58, abr./jun. 1999.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *A imunidade parlamentar*. Porto Alegre: Ed. Globo, 1969.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial de atos do Poder Legislativo*. Brasília: Brasília Juridica, 2001.

QUINTANA, Segundo V. Linhares. Responsabilidade do Estado Legislador. *Revista Forense*, v. 44, nº 109, jan./fev. 1997.

REAL, Alberto Ramon. La responsabilidad patrimonial del Estado de derecho por actos legislativos y judiciales. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, nº 135, v. 37, p. 149-172.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif.* 17. ed. Paris: Éd. Dalloz, 1998.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista Forense*, a. 86, v. 311, p. 8, jul./set. 1990.

_____. *Princípios constitucionais da administração pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social.* Trad. De F. de Los Rios. Madrid: Alianza, 1929.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. A responsabilidade civil do Estado por ato legislativo. *Estudos Jurídicos*, nº 55, v. 22, p. 46, maio/ago. 1989.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.

SARTORI, Giovanni. A teoria da representação no Estado representativo moderno. Trad. port. Belo Horizonte: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, p. 19, 1962.

SCHIMIT, Carl. *Teoría de la constituitión.* Madrid: Revista de Dereho Privado, 1934.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à constituição de 1988*: aspectos fundamentais. São Paulo: Forense, 1992.

SOUTO, Cláudio. *As imunidades parlamentares.* Recife: Imprensa Universitária, 1962.

TORON, Alberto Zacharias Toron. *Inviolabilidade penal dos vereadores.* São Paulo: Saraiva, 2004.

VEDEL, M. *Cours de droit constitutionnel.* Paris: Les Cours de Droit, 1954-1955.

SGI

Secretaria de Gestão da Informação

Esta obra foi composta na fonte Frutiger LT Std,
corpo 11, entrelinhas de 15,2 pontos, em papel AP 75 g/m² (miolo)
e papel AP 180 g/m² (capa).

Impressa em setembro de 2010