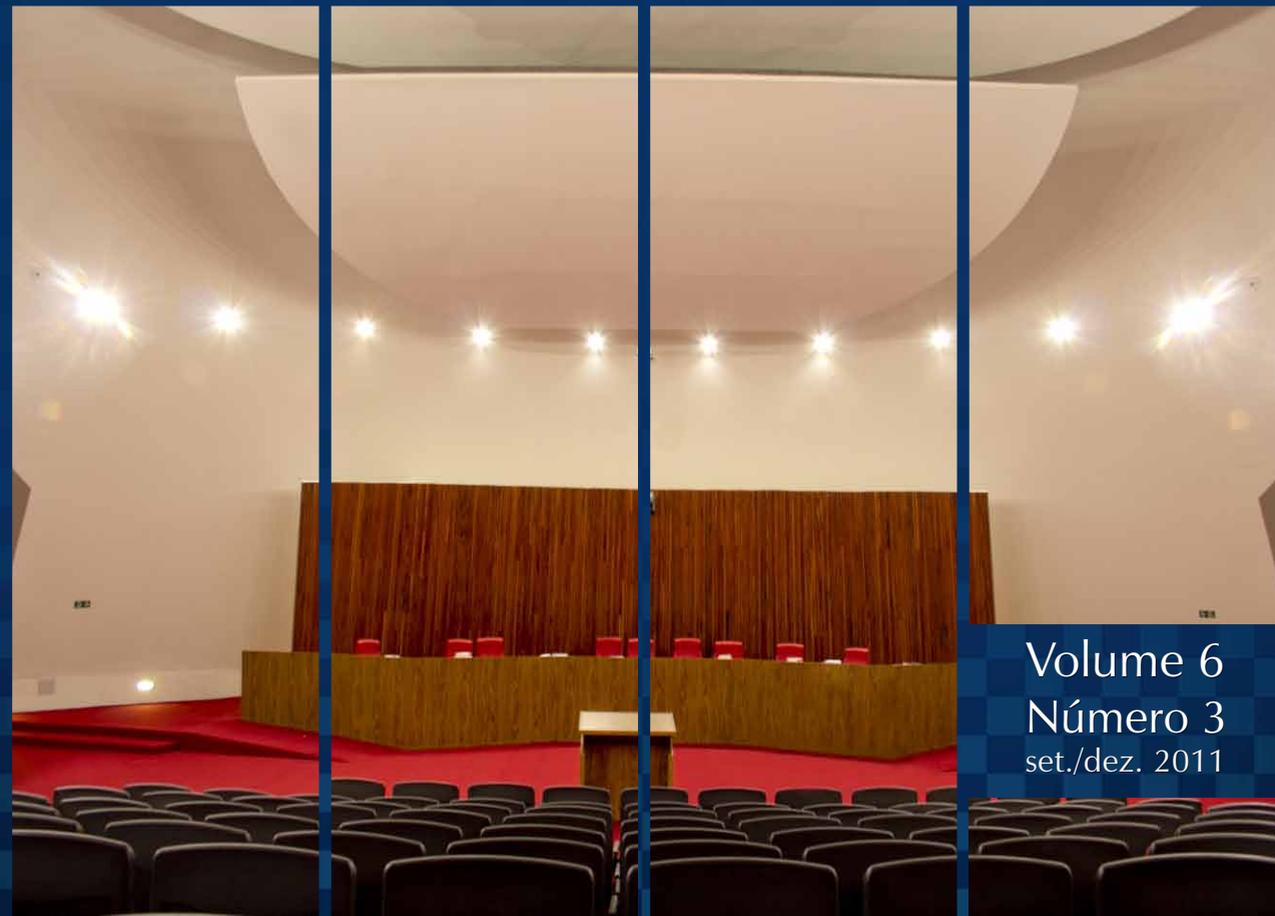
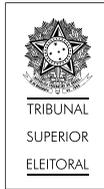


Tribunal Superior Eleitoral

Estudos Eleitorais



Volume 6
Número 3
set./dez. 2011



Tribunal Superior Eleitoral

Estudos eleitorais

Volume 6

Número 3

set./dez. 2011

© 2012 Tribunal Superior Eleitoral

Escola Judiciária Eleitoral
SAFS, Quadra 7, Lotes 1/2, 7º andar
70070-600 – 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 e capa: Clinton Anderson
Diagramação: Leandro Morais
Revisão: Anna Cristina de Araújo Rodrigues
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

Ministra Nancy Andrighi

Ministro Gilson Dipp

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

Composição da EJE

Diretor

André Ramos Tavares

Vice-diretor

Walber de Moura Agra

Assessora-chefe

Juliana Deléo Rodrigues Diniz

Servidores

Ana Karina de Souza Castro
Camila Milhomem Fernandes
Carmen Aparecida Melo de Valor
Geraldo Campetti Sobrinho
Quéren Marques de Freitas da Silva
Rodrigo Moreira da Silva
Roselha Gondim dos Santos Pardo

Colaboradores

Anna Cristina de Araújo Rodrigues
Keylla Cristina de Oliveira Ferreira
Lana da Glória Coêlho Stens

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE-TSE) apresenta ao prezado leitor o terceiro e último número da Revista Estudos Eleitorais de 2011, fascículo composto de cinco artigos.

No texto *O voto eletrônico no Brasil*, André Ramos Tavares, diretor da EJE-TSE, e Diogo Rais Rodrigues Moreira, doutorando em Direito Constitucional pela PUC-SP, afirmam que a relação do Brasil com o voto tem sido acompanhada de transformações, realçando o ímpeto inovador que fez surgir a previsão de uma máquina de votar já no Código Eleitoral de 1932. Os autores alertam que a adoção do voto impresso no Brasil comprometeria a estrutura das eleições e enfatizam o fomento da democracia brasileira e o reforço da soberania popular pelo uso do sistema eletrônico de votação.

Walber de Moura Agra, vice-diretor da EJE-TSE, desenvolve o assunto *Da inelegibilidade por rejeição de contas por parte de prefeitos municipais*. O autor defende que o prazo de oito anos estabelecido pela Lei Complementar nº 135/2010 apenas pode ser imputado por fatos ocorridos após a sua vigência, em decorrência de se tratar de uma sanção que não pode retroagir. Nesse mesmo sentido, não pode haver o aumento da suspensão passiva dos direitos políticos quando há coisa transitada em julgado ou quando o mandatário já tiver cumprido o período anterior de cinco anos.

O ex-ministro do TSE, Joelson Dias, e a pesquisadora Vivian Grassi Sampaio apresentam o artigo *A inserção política da mulher no Brasil: uma retrospectiva histórica*, no qual analisam a posição e a atuação política da mulher na sociedade brasileira. Defendem que a invisibilidade da mulher comprometeu a plena realização dos direitos políticos, que somente foram franqueados à mulher brasileira na década de 30 do século XX. Concluem, apresentando as perspectivas da inserção da mulher na sociedade e na política brasileiras.

No artigo *Biometria e controle jurídico-social de fraude eleitoral*, o Procurador Regional da República, José Jairo Gomes, discute a importância da biometria no processo eleitoral brasileiro, objetivando destacar que ele se torna mais seguro e transparente ante a eficácia da

nova tecnologia quanto à prevenção de fraudes na votação. Na visão do autor, o novo modelo contribui para incrementar a confiança no sistema eleitoral em seu conjunto, mantendo-o como um dos mais avançados do mundo.

Eneida Desiree Salgado, doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, enfoca *Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta*. Enfatiza que, a partir desses princípios, é possível construir os alicerces do Direito Eleitoral brasileiro, para permitir sua concretização como um sistema internamente coeso, racional, inteligível e conforme aos comandos constitucionais.

Como se observa, o teor dos artigos denota o esforço da Escola Judiciária do TSE em dar cumprimento a sua missão de estimular a produção intelectual de textos científicos sobre a matéria eleitoral e disciplinas correlatas e promover o estudo, o debate e o amadurecimento das discussões alusivas a questões democráticas, partidárias e eleitorais.

Ao atuar no desenvolvimento das abordagens históricas, do marco teórico e das avaliações práticas sobre cidadania, democracia e eleições, a EJE-TSE reafirma seu empenho na valorização dos estudos eleitorais, incentivando a elaboração de novas contribuições nessa importante área do saber humano.

SUMÁRIO

≡≡≡	O voto eletrônico no Brasil	
	ANDRÉ RAMOS TAVARES e DIOGO RAIS RODRIGUES MOREIRA.....	9
≡≡≡	Da inelegibilidade por rejeição de contas por parte de prefeitos municipais	
	WALBER DE MOURA AGRA.....	33
≡≡≡	A inserção política da mulher no Brasil: uma retrospectiva histórica	
	JOELSON DIAS e VIVIAN GRASSI SAMPAIO.....	55
≡≡≡	Biometria e controle jurídico-social de fraude eleitoral	
	JOSÉ JAIRO GOMES.....	93
≡≡≡	Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta	
	ENEIDA DESIREE SALGADO.....	103

O VOTO ELETRÔNICO NO BRASIL

André Ramos Tavares¹ e Diogo Rais Rodrigues Moreira²

Resumo

Afirma que a relação do Brasil com o voto tem sido acompanhada de transformações, realçando o ímpeto inovador que fez surgir a previsão de uma máquina de votar já no Código Eleitoral de 1932. Essa relação criou campo fértil para a urna eletrônica, que contou com a unidade, eficiência e segurança da gestão do processo de eleições pela Justiça Eleitoral e com a unidade da legislação específica. Analisa as questões: transformação do voto e os “votos” no Brasil; informatização das eleições e urna eletrônica; pressupostos para o sucesso da implantação da urna eletrônica; voto impresso *versus* voto eletrônico. Conclui que a adoção do voto impresso no Brasil comprometeria a estrutura das eleições, enfatizando que o sistema eletrônico de votação fomentou a democracia brasileira e reforçou a soberania popular.

Palavras-chave: Voto impresso. Voto eletrônico. Urna eletrônica. Eleições. Justiça Eleitoral. Legislação eleitoral. Brasil.

Abstract

It states that the relationship between Brazil and the vote has been accompanied by changes, highlighting the innovative drive that has raised the forecast of a voting machine has in the Electoral Code of 1932. This relationship has created fertile ground for the electronic ballot, which included the unit, efficiency and security management of the elections by the Electoral Court and the unity of the legislation. Analyzes issues: the transformation of the vote and “votes” in Brazil; computerization of elections and voting machine; assumptions for the successful implementation of electronic voting machines, voting printed versus electronic voting. It concludes that the adoption of the vote printed in Brazil committed themselves to the structure of elections, stressing that the electronic

¹ Professor dos programas de doutorado e mestrado em Direito da PUC-SP. Professor colaborador dos programas de doutorado e mestrado em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo. Professor do programa de Doutorado em Direito da Universidade de Bari – Itália. Livre-docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da USP. Diretor da EJE/TSE.

² Doutorando em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP com cursos de extensão em Justiça Constitucional na Université Paul Cézanne.

voting system promoted the Brazilian democracy and popular sovereignty strengthened.

Keywords: Printed vote. Electronic voting. Electronic ballot box. Elections. Electoral Justice. Electoral law. Brazil.

1 A transformação do voto e os “votos” no Brasil

Ao tratar de assunto tão caro à democracia como a escolha por meio de eleições, não deixa de ser curiosa a constatação de que o Brasil guarda uma memória com o voto mais longa do que aquela que guarda com a própria independência do país. É que os primeiros registros de uma votação oficial nacional deram-se há mais de cento e noventa anos, precisamente nas eleições gerais para a escolha dos representantes à Corte de Lisboa, em 1821.

Nas palavras de Nicolau (2004, p. 7): “Poucos países têm uma história eleitoral tão rica quanto a do Brasil”. Essa riqueza à qual o autor se refere pode ser bem ilustrada pela transformação operada no instrumento do voto, isto é, pela mudança da “cédula” no decorrer da experiência brasileira.

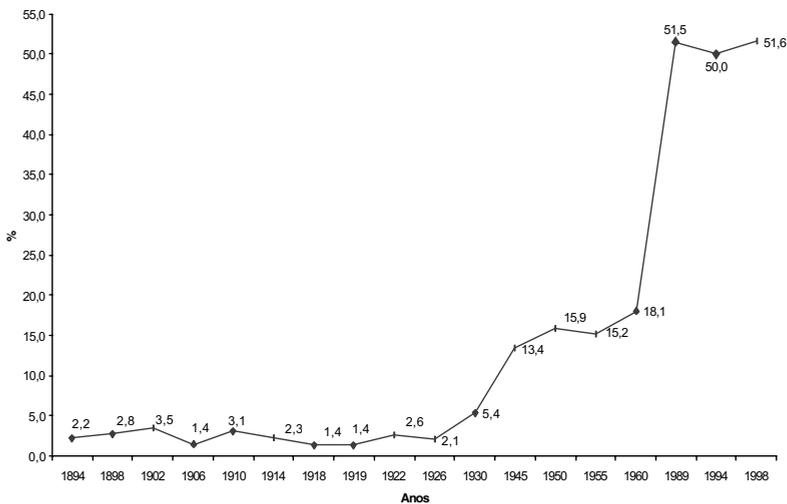
Nicolau sintetiza essa transformação até o advento da urna eletrônica: “Nas primeiras eleições do Império, o eleitor já levava consigo a cédula (que devia ser assinada) para o local de votação. No final do Império, a cédula (não mais assinada) tinha que ser inserida em um envelope. Na Primeira República, os jornais passaram a publicar e os cabos eleitorais a distribuir as cédulas, que deviam ser colocadas em envelopes. Em 1932, foi criado o envelope oficial, que o eleitor passou a receber da mesa eleitoral para inserir a cédula. Em 1955, foi criada a cédula oficial para as eleições presidenciais: uma lista com os candidatos era apresentada, cabendo aos eleitores assinalar o de sua escolha. Em 1962, a cédula oficial foi utilizada pela primeira vez nas eleições para o Congresso, obrigando os eleitores a escrever o nome ou o número do candidato ou partido escolhido. Enfim, em 1996, foi introduzida a urna eletrônica, que passou a exigir do eleitor a digitação apenas do número do candidato ou partido escolhido.”

Considerando-se a finalidade e a funcionalidade do voto, a transformação ocorrida foi ainda mais intensa, passando de mero ato fictício de participação política soberana para um instrumento de escolha

livre, sendo gravado com o sigilo e, mais recentemente, com a segurança e confiabilidade no sigilo e na transferência da vontade do eleitor.

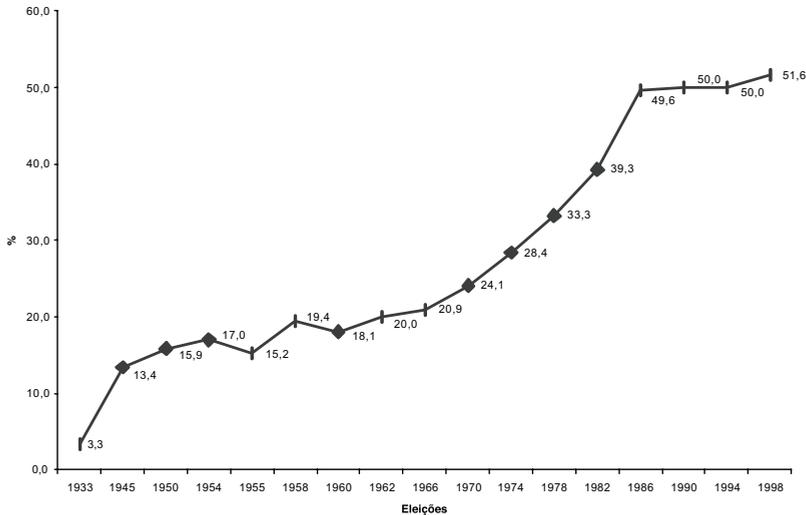
É possível também constatar a evolução do sufrágio restrito para sua universalização, considerando tanto a ampliação do direito ao voto como também o comparecimento efetivo da população nas eleições no decorrer do tempo. Os dois gráficos abaixo (NICOLAU, acesso em 2011) retratam o comparecimento proporcional da população total nas eleições para presidente da República e para a Câmara dos Deputados.

Comparecimento como Proporção da População Total. Eleições Presidenciais. Brasil, 1894 - 1998



Fonte dos dados Brutos: 1894-1930: Lamounier, Muszynski e Amorim (2001); 1933: Anuário Estatístico, 1939; 1945-1998: TSE

Participação como Proporção da População Total. Eleição para a Câmara dos Deputados. Brasil, 1933 - 1998



Fonte dos dados Brutos: 1933: Anuário Estatístico, 1939; 1945-1998: TSE

Ademais, considerando proporcionalmente não a população e, sim, apenas o eleitorado apto a votar, observam-se, nas últimas eleições gerais, taxas de abstenção abaixo dos 20%, sendo respectivamente³: 17,74% em 2002; 16,75% em 2006 e 18,12% em 2010. Vale ressaltar, ainda, que, desde a promulgação da Constituição brasileira em 1988, a maior abstenção foi a das eleições de 1989, com o percentual de 21,40%.

Usando os Estados Unidos como modelo para comparação, por força da extensão territorial e do universo de eleitores⁴, constata-

³ Notícia do Correio Braziliense de 4 out. 2010. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/especiais/eleicoes2010/2010/10/04/interna_eleicoes2010,216473/index.shtml>. Acesso em: 14 dez. 2011.

⁴ Apesar de diferenças significativas, como o bipartidarismo e a não obrigatoriedade do

se que somente 61,7% dos eleitores compareceram às urnas na eleição presidencial de 2008; na Argentina, nas eleições de 2007, foram 71% dos eleitores que compareceram. Na eleição alemã, em 2009, o índice de comparecimento foi o menor desde 1949, pois apenas 70% compareceram, num país cujo público votante costuma oscilar entre 80% e 90% do total⁵. Registramos, ainda, o caso de Portugal⁶, país em que, nas eleições de 2011, apenas 58,9% dos eleitores aptos a votar compareceram às urnas.

Comparando o índice de abstenção em diversos países, verifica-se que o Brasil apresenta um bom desempenho na relação voto e eleições, embora valha a ressalva de que no Brasil o voto é obrigatório, passível de multa a recusa em exercer esse direito⁷.

Os brasileiros vão às urnas ordinariamente para eleger o presidente da República e seu vice, os governadores e seus vices (tanto dos estados quanto do Distrito Federal), os deputados e senadores do Congresso Nacional, os deputados das assembleias estaduais e da distrital; também ordinariamente, mas em momento distinto, são chamados a escolher o prefeito e seu vice, além dos vereadores.

Extraordinariamente, contudo, os votos apresentados pela sociedade diversificam-se. É que a população também pode ser chamada a votar em outras situações, como no caso do plebiscito sobre o modelo presidencialista ou parlamentarista, sobre a república ou a monarquia, ou no caso da votação sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições, ocorrida em 23 de outubro de 2005, ou, ainda, como ocorreu recentemente no estado do Pará, quando a população foi

voto (obrigatoriedade que, no caso brasileiro, acaba sendo, de alguma forma, flexibilizada pelas consequências mínimas resultantes do não comparecimento às urnas na data das eleições).

⁵ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/blogs/javoto/posts/2010/11/01/abstencao-de-21-5-destas-eleicoes-supera-1998-a-maior-da-historia-337501.asp>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

⁶ Disponível em: <<http://www0.rtp.pt/noticias/?t=Abstencao-e-sintoma-de-desencanto-com-partidos-e-alternativas---politologos.rtp&article=449228&visual=3&layout=10&tm=87>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

⁷ Como observamos anteriormente, é preciso considerar a consequência pelo descumprimento do dever de votar, que, basicamente, consiste em mera multa que, ademais, possui valor excessivamente irrisório. Por isso, atualmente, questiona-se a potencialidade de seu alcance e do suposto e aclamado caráter coercitivo do voto, já que o desleixo para com esse dever cívico custa algo que varia entre R\$ 1,06 a R\$ 3,51, podendo ser elevada, no máximo, em dez vezes. Não pretendemos discutir, aqui, contudo, nessa temática as diversas variáveis nela envolvidas diretamente.

consultada sobre o interesse na divisão (tripartite) do estado, em votação que ocorreu em 11 de dezembro de 2011, com resultado negativo para a pretendida divisão.

A população confia e legitima as eleições brasileiras que, em ambiente de pluripartidarismo, liberdade partidária e liberdade de expressão, acabam sendo precedidas de disputa intensa entre muitos candidatos e partidos. Para Nicolau (2004, p. 7), “[...] pouca gente duvida da legitimidade do processo eleitoral brasileiro. As fraudes foram praticamente eliminadas. A urna eletrônica permite que os resultados sejam proclamados poucas horas depois do pleito.” Nicolau (2004, p. 8) também realça a participação da população:

Quatro em cada cinco adultos compareceram às últimas eleições para votar [referência ao pleito de 2002]. O sufrágio é universal, pois já não existem restrições significativas que impeçam qualquer cidadão com pelo menos 16 anos de ser eleitor. Hoje, o Brasil tem o terceiro maior eleitorado do planeta, perdendo apenas para Índia e Estados Unidos.

As garantias que cercam o voto e as eleições na atualidade fazem do Brasil uma das maiores e mais bem-sucedidas democracias do mundo.

2 Informatização das eleições e a urna eletrônica

Curiosamente, o Brasil, desde sua primeira lei eleitoral, o Código Eleitoral de 1932, já previa a possibilidade de as eleições serem realizadas por meio de máquinas de votação, embora essas máquinas não existissem nessa época.

Toda vez que o Código Eleitoral de 32 se referia à captura e contagem de votos, em vez de se referir exclusivamente às urnas, referia-se sempre de forma alternativa, incluindo, além da urna, a “máquina de votação”. Assim, desde então, esteve prevista a adoção de uma máquina de votar, plenamente amparada pela Lei.

Art. 85. Terminada a votação, o presidente encerrará o ato eleitoral com as seguintes providências:

a) selará a máquina, ou a abertura da urna, com uma tira de papel forte, que levará sua assinatura, bem como a dos fiscais

de candidatos e delegados de partidos, os quais também poderão apor suas impressões digitais na tira;

Art. 57. Resguarda o sigilo do voto um dos processos mencionados abaixo. [...]

1) registro obrigatório dos candidatos, até cinco dias antes da eleição;

2) uso das máquinas de votar, regulado oportunamente pelo Tribunal Superior, de acordo com o regime deste Código.

Art. 82. Se se utilizarem máquinas de votar, o processo de votação será regulamentado oportunamente. (originais não grifados)

Embora a legislação eleitoral tenha previsto a existência da máquina de votar, nada foi concretizado antes da urna eletrônica que conhecemos na atualidade. Entretanto, nesses mais de cinquenta anos, muitas tentativas foram realizadas, valendo menção inicial o projeto de Sócrates Ricardo Puntel, na década de 1960, que não foi aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral por ser considerado ineficiente. Em 1978, o Tribunal Regional de Minas Gerais apresentou ao TSE um protótipo de uma máquina de votar também não levada a efeito.

Outros tribunais regionais, isoladamente, desenvolveram, a partir daí, algumas ideias que visavam à automação dos processos eleitorais, principalmente ao cadastramento de eleitores, como fez o Tribunal Regional do Rio Grande do Sul, em 1983. Antes disso, em dezembro de 1981, o então presidente do TSE, ministro Moreira Alves, encaminhou à Presidência da República o anteprojeto que dispunha sobre a utilização de processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais.⁸

Mas foi em 1986 que a Justiça eleitoral brasileira iniciou seu processo de informatização, criando o cadastro único informatizado de eleitores. Esse recadastramento, além de impossibilitar a inscrição do mesmo eleitor em diversos estados da federação (e, com isso, impedir o voto duplo ou triplo), possibilitou uma série de ações de modernização, entre as quais podemos destacar: 1) instalação de um parque computacional próprio para o Tribunal Superior Eleitoral, para

⁸ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2002-10-06/voto-eletronico-ja-estava-previsto-desde-1%C2%BA-codigo-eleitoral-em-1932>>. Acesso em: 3 nov. 2011.

os 27 tribunais regionais eleitorais e para as 2.854 zonas eleitorais de todo o país; e 2) implementação de uma rede de transmissão de dados, interligando todo o parque computacional (TSE, 2010).

Em 1996, a urna eletrônica passou a fazer parte da história das eleições brasileiras e, em seus quinze anos de existência, conduziu uma revolução do processo eleitoral brasileiro, tendo sido responsável por diversos benefícios, dentre os quais ressaltamos a eficiência, a transparência e a segurança (TAVARES, 2011, p. A-12).

Para exemplificar sua eficiência, vale verificar seu desempenho na última eleição presidencial, cujo resultado foi anunciado apenas uma hora e quatro minutos após o fechamento da última urna no país, momento em que nada menos que 92,23% das urnas haviam tido o seu conteúdo contabilizado. Às 22h01, houve a divulgação e o fechamento de todo o processo eleitoral nacional, com a divulgação do governador eleito de Roraima, isto é, em cerca de 3 horas, 135.884.852 votos, distribuídos em mais de 419.548 seções eleitorais e depositados em 400.001 urnas eletrônicas, haviam sido apurados.

Além de eficiente, a urna eletrônica já se consagrou como exemplo de segurança, o que motivou sua aprovação nacional e internacional. Dentre os inúmeros testes de segurança realizados, destaco os testes públicos que foram acompanhados por uma comissão avaliadora composta por cientistas de áreas como Segurança da Informação, Engenharia Eletrônica, Ciências da Computação e Informação, Direito e Economia. Nesses testes, franqueou-se a participação popular e os “investigadores” (denominação atribuída a esses participantes) tiveram por quatro dias acesso livre, cujo objetivo era demonstrar a vulnerabilidade da urna eletrônica, objetivo não atingido por nenhum dos 37 *hackers* inscritos nos testes.

Além desse importante teste, vale também mencionar a votação paralela, que é um rigoroso teste realizado no dia das eleições perante representantes dos partidos políticos, do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil. Consiste no sorteio de urnas eletrônicas dentre aquelas que serão utilizadas para as eleições e, no mesmo momento das eleições, testá-las em paralelo, isto é, simultaneamente, com a simulação controlada de uma votação nessas urnas e conferência de seus resultados eletrônicos com o controle inicial.

Quanto à transparência, vale indicar o acompanhamento em tempo real da apuração, como ocorreu nas últimas eleições gerais com o programa Divulga 2010, pelo qual o Tribunal Superior Eleitoral fornecia o percentual de votos dos candidatos e o número de votos por estado, cidade e zona eleitoral, podendo haver acompanhamento pela internet, além da divulgação instantânea por toda a imprensa brasileira.

A transparência também é realizada pelos testes públicos de segurança e pela votação paralela. A somatória desse conjunto de virtudes (eficiência, segurança e transparência) faz do processo eleitoral brasileiro motivo de orgulho nacional, gerando respostas certas e rápidas a toda população.

Para exemplificar o grau de importância desse conjunto de virtudes, considerando o procedimento de contagem de votos e o comparando aos recentes escândalos eleitorais ocorridos no mundo, podemos lembrar alguns casos (TAVARES, 2010).

No Equador, nas eleições de 2006, a demora de mais de dois dias para computar os votos suscitaram sérias dúvidas e denúncias de fraude eleitoral. Já no México, neste mesmo ano, as eleições ficaram marcadas por diversas acusações e, dentre elas, estava a de que alguns distritos eleitorais haviam recebido um número maior de votos do que o número registrado de eleitores.

Tanto nos EUA quanto no Afeganistão, a existência de um processo deficitário de contagem dos votos, incapaz de dar um destino final aos denominados votos nulos, colocou em xeque o resultado eleitoral. A demora na apuração dos votos acabou por prejudicar a definição do resultado (caso dos EUA, eis que a morosidade na apuração dos votos, para além do – extenso – prazo de 7 dias, invalidou um número importante de votos, que poderiam ter mudado o resultado das eleições de 2000). No Afeganistão, no ano de 2009, votos previamente desconsiderados por serem nulos, segundo apurou um órgão da mídia (um correspondente da rede CBS News) foram, posteriormente, computados em benefício do candidato governista.

Nas eleições regionais bolivianas, realizadas em 2010, as suspeitas de fraudes eleitorais também aqueceram os debates, tendo o presidente Evo Morales solicitado auxílio da comunidade internacional para comprovar a veracidade das denúncias. Quanto aos departamentos

de Pando e Beni, Evo Morales assegurou que “a fraude está totalmente comprovada”. Diante das denúncias de fraude, a Corte Nacional Eleitoral determinou a repetição da votação nos departamentos de La Paz, Oruro, Santa Cruz e Pando no dia 18 de abril.

Mais recentemente, na Rússia, as eleições parlamentares realizadas em 04 de dezembro de 2011 foram alvo de diversas denúncias de fraudes eleitorais, sendo apontadas irregularidades pelos observadores internacionais da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) e da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (PACE), assim como pelo grupo russo Golos, que apontou o registro de 5,3 mil irregularidades. Há, inclusive, um vídeo⁹ apresentado à mídia pelos observadores internacionais no qual um funcionário, aparentemente, adultera a votação.

É possível concluir que eficiência, segurança e transparência formam o alicerce da honestidade do processo eleitoral, não alimentando incertezas e impedindo a multiplicação de denúncias inconsistentes que buscam a ou resultam apenas na instabilidade institucional injustificada.

Quanto à aprovação e facilidade da urna eletrônica, vale rever a pesquisa realizada pela Sensus Pesquisa e Consultoria¹⁰ após as eleições de 2010, apontando a aprovação de 94,4% dos entrevistados.

URNA ELETRÔNICA <i>Avaliação</i>	NOV 10 %
Sentiu dificuldade	12,5
Não sentiu dificuldade	85,0
NS/NR	2,6
Total	100,0

Como o sr(a) avalia a dificuldade de utilização da Urna Eletrônica:

⁹ Disponível em: <<http://www.rtp.pt/noticias/index.php?t=Fraude-eleitoral-filmada-nas-eleicoes-russas.rtp&headline=20&visual=9&article=507066&tm=7>>. Acesso em: 27 dez. 2011.

¹⁰ Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/institucional/arquivo/Relatorio_Sensus_Fields_TSE.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2011. Metodologia: 2.000 entrevistas, estratificadas para 5 Regiões e 24 Estados, com o sorteio aleatório de 136 municípios pelo método da Probabilidade Proporcional ao Tamanho (PPT). Probabilística sistemática até o setor censitário para urbano e rural, com cotas para sexo, idade, escolaridade e renda no setor censitário.

URNA ELETRÔNICA Aprovação	NOV 10 %
Aprova	94,4
Desaprova	4,4
NS/NR	1,2
Total	100,0

Sr(a) aprova ou desaprova a Urna Eletrônica:

A comparação entre esses dois quesitos da pesquisa gera também outra conclusão, no sentido de que, dentre aqueles que declararam ter alguma dificuldade na utilização da urna eletrônica (12,5%), mais da metade deles ainda assim aprova a sua utilização, já que do total apenas 4,4% reprovam.

Essa pesquisa realça a confiança do eleitor brasileiro na urna eletrônica e a baixa dificuldade em operá-la. Quanto a esse último quesito, é relevante conhecer o trabalho apresentado no IV Congresso Latino-Americano de Opinião Pública da WAPOR (World Association of Public Opinion Research) por Gastaldi e Rosendo (2011), que expõem duas tabelas com a dificuldade apontada pelos eleitores entrevistados, fazendo uma divisão por gênero, idade, escolaridade, região e domicílio em capitais ou periferias.

Essa pesquisa foi realizada logo após o primeiro turno das eleições de 2010¹¹ pelo Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística (IBOPE). O percentual verificado é muito próximo ao mencionado na pesquisa anterior, pois neste caso constatou-se que 14% dos eleitores tiveram alguma dificuldade em registrar seu voto em algum cargo.

Na ocasião, a pergunta era a seguinte: “No último dia 3, o eleitor teve que votar para deputado estadual e federal, para dois senadores, para governador e para presidente. Considerando que eram ao todo seis votos, ou seja, seis candidatos para quem o(a) sr(a) deveria digitar os números da urna eletrônica, o(a) sr(a) diria que: - teve bastante dificuldade para votar (5%), teve alguma dificuldade para votar (9%), ou não teve dificuldade para votar nos seus candidatos na urna eletrônica (85%)”.

¹¹ Realizada entre 15 e 18 de outubro de 2010.

Tabela 6A. Distribuição dos eleitores por nível de dificuldade de votar nas eleições de 2010.

RESPOSTA	TOTAL	SEXO		IDADE					ESCOLARIDADE			
		MAS	FEM	16 A 24	25 A 29	30 A 39	40 A 49	50 E MAIS	ATÉ 4ª SÉRIE DO FUND.	5ª A 8ª SÉRIE DO FUND.	ENS. MÉDIO	SUPERIOR
BASE	1868	890	978	378	235	412	368	475	516	417	663	272
Teve bastante dificuldade para votar	5%	5%	5%	3%	3%	3%	6%	9%	9%	5%	2%	4%
Teve alguma dificuldade para votar	9%	8%	10%	6%	6%	8%	7%	16%	15%	9%	6%	7%
Não teve dificuldade para votar nos seus candidatos na urna	85%	86%	84%	91%	90%	89%	87%	73%	74%	86%	92%	88%
Não sabe/ Não respondeu	1%	0%	1%	0%	0%	0%	1%	2%	1%	0%	0%	1%

Fonte: IBOPE.

Tabela 6B. Distribuição dos eleitores por nível de dificuldade de votar nas eleições de 2010.

RESPOSTA	TOTAL	REGIÃO				CONDIÇÃO DO MUNICÍPIO			PORTE DO MUNICÍPIO (EM NÚMERO DE HABITANTES)		
		NORTE/CENTRO OESTE	NOR-DESTE	SUDESTE	SUL	CAPITAL	PERIFERIA	INTERIOR	ATÉ 20 MIL	MAIS DE 20 A 100 MIL	MAIS DE 100 MIL
BASE	1868	252	508	825	283	501	249	1118	425	434	1009
Teve bastante dificuldade para votar	5%	7%	4%	6%	4%	5%	4%	6%	4%	5%	6%
Teve alguma dificuldade para votar	9%	13%	7%	9%	11%	9%	10%	9%	8%	10%	10%
Não teve dificuldade para votar nos seus candidatos na urna	85%	79%	89%	84%	86%	86%	85%	85%	87%	85%	84%
Não sabe/ Não respondeu	1%	1%	0%	1%	0%	0%	0%	1%	1%	0%	1%

Fonte: IBOPE.

Da análise em conjunto das tabelas, os autores realçam a surpresa por constatar que a dificuldade em utilizar a urna não se restringiu a algum segmento ou região, apresentando certa linearidade diante das variáveis: "este comportamento não ficou restrito a eleitores com menor escolaridade, menor renda e que residem em locais com menor infraestrutura, como se poderia supor a princípio. A distribuição das respostas mostra claramente que, embora tenham se sobressaído um pouco os eleitores mais velhos e os de menor escolaridade (praticamente

um quarto destes relata ter encontrado muita ou pelo menos alguma dificuldade com a quantidade e ordem dos cargos na urna eletrônica), este problema está presente em todos os demais segmentos, para todas as variáveis avaliadas, e distribui-se de maneira muito parecida em todas as regiões do país e por tipo e porte dos municípios”.

Em artigo no qual discute o voto eletrônico, Fernández Rodríguez (2010, p. 58-59) elenca as vantagens e desvantagens do voto realizado por meio da urna eletrônica, citando, no primeiro grupo, a facilidade para registrar o voto, a redução de custos, a diminuição da carga de trabalho, a celeridade para obter e difundir os resultados e a redução de conflito em caso de recontagem dos votos, dada sua simplicidade e rapidez. Como exemplo de desvantagens desse tipo de voto, o referido autor menciona a despersonalização da política e a falta de segurança.

Entretanto, vale questionar – diante da realidade brasileira – se há de fato a indicada vantagem de redução de custos. A implementação do sistema eletrônico, realmente, gera um custo maior na realização das eleições. Porém, com o passar do tempo, realizando mais eleições pelo voto eletrônico, esses gastos se diluem, podendo chegar ao ponto de equilíbrio e, posteriormente, tornar as eleições eletrônicas menos custosas do que as tradicionais, que exigem o excesso de material gráfico e de mão de obra para sua operacionalização.

Quanto às desvantagens apontadas por José Julio Fernández Rodríguez, algumas também merecem questionamentos diante da realidade brasileira. Primeiro, quanto à despersonalização da política. Neste caso, na experiência brasileira, foi produzido um efeito contrário a este já que a urna eletrônica possibilitou a identidade do candidato mediante nome, número e foto no ato da opção pelo voto (o que deve ser levado a efeito especialmente considerando os altos índices de analfabetismo). Assim, foi personificada a política no ato do voto, ampliando a certeza e o elo entre eleitor e candidato. Observação semelhante fez Nicolau (2004) ao escrever que:

Em que pese ter sido adotada, sobretudo para dar cabo das ainda persistentes fraudes na apuração dos votos, a urna eletrônica teve um outro efeito positivo, que foi o de facilitar o processo de votação. Com isso, mais eleitores se sentiram estimulados a votar (os votos brancos reduziram-se acentuadamente). Nas eleições para a Câmara dos Deputados

e Assembleia Legislativa, houve também uma redução dos votos nulos, o que é um provável indicador de que para o eleitor é mais fácil teclar a urna eletrônica do que escrever o nome ou o número do seu candidato.

Quanto à falta de segurança, como já mencionado antes, a implantação das urnas eletrônicas no sistema brasileiro foi realizada pela Justiça Eleitoral de maneira gradativa, sendo acompanhada, em todas as eleições, de diversos testes de segurança. Considerando a aprovação maciça da população brasileira, esse não é um elemento de desvantagem no cenário nacional.

3 Pressupostos para o sucesso da implantação da urna eletrônica: a experiência brasileira

Promover as eleições por meio das urnas eletrônicas é um desafio tão complexo quanto multidisciplinar, exigindo um grandioso projeto que envolve as mais variadas áreas do conhecimento.

Ao analisar as peculiaridades fáticas do Brasil que interferem direta ou indiretamente nas eleições, forma-se uma longa e temerosa lista que até pouco tempo era invocada pelos pessimistas como certeza do fracasso das urnas eletrônicas. Esta lista geralmente começava pela dimensão territorial brasileira, passando pela dificuldade de acesso às diversas comunidades, a pluralidade cultural, o alto percentual daqueles que não estão incluídos digitalmente, a faculdade de voto atribuída ao analfabeto, as diferentes esferas do Estado com eleições específicas para os cargos de sua competência, o grande número de candidatos e de eleitores, a existência de eleições tanto pelo sistema majoritário quanto proporcional, entre tantas outras barreiras.

As dificuldades fáticas encontraram amparo no arcabouço jurídico que envolve o Direito Eleitoral e o processo eleitoral brasileiro que favorece o transpasse desses obstáculos, especificamente por força de alguns pilares que constituem os pressupostos jurídicos das eleições por urna eletrônica.

No campo fático, além do domínio específico da tecnologia, são necessários altos investimentos pessoais e financeiros. Há grande mobilização de diversos setores do Estado, envolvendo muitos técnicos

com seriedade e grave responsabilidade. É um projeto de longo prazo que somente será viável se seus custos forem diluídos ao longo do tempo, exigindo uma atuação forte, segura e constante, com ações de forma integrada e horizontal, preservando a homogeneidade no emprego de esforços e na obtenção de resultados, além de um eficiente plano de contenção e logística perfeita.

Todo esse aparato fático reflete no mundo jurídico e exige suporte com as mesmas dimensões e características mencionadas, isto é, um projeto jurídico de longo prazo, um órgão controlador do processo eleitoral com atuação forte, segura e constante, com decisões uniformes, atuando de forma integrada e horizontal em sua estrutura, preservando a homogeneidade no emprego de esforços e na obtenção de resultados, além de eficiente plano de contenção e logística perfeita.

O sucesso do processo eleitoral, em especial do processo eleitoral eletrônico, é diretamente proporcional ao sucesso de seu órgão gestor. Desde a criação da Justiça Eleitoral no Brasil, na década de 1930, o sistema de controle de processo eleitoral adotado foi o jurisdicional por meio de uma Justiça especializada que exerce todas as funções inerentes ao processo eleitoral e seu controle.

Esse controle, exercido por órgão desincumbido de qualquer interesse político e apoiado no prestígio conquistado pela imparcialidade habitual nas funções jurisdicionais, permitiu um alto grau de confiança entre o eleitorado e a Justiça Eleitoral, o que é fundamental para a formação da atmosfera jurídica necessária para a votação por meio da urna eletrônica. Sem essa confiança prévia, o sucesso da implantação da urna eletrônica ficaria ainda mais distante já que é nas eleições que os anseios da população se materializam no voto, mas no caso da urna eletrônica, em vez de essa vontade se "materializar", ela transforma-se imediatamente em dados imateriais que ficam sob a custódia exclusiva do órgão controlador, por isso demanda uma confiança ainda mais acentuada do que nas eleições por cédulas.

Além da confiança no órgão gestor do processo eleitoral, é muito importante a concentração de funções, como ocorre na Justiça Eleitoral brasileira, que reúne diversas atribuições e competências, podendo ser agrupadas em administrativas, normativas, jurisdicionais e consultivas. A atividade administrativa da Justiça Eleitoral orbita o núcleo constituído

pela organização e administração das eleições e, dentre tantas atividades, destacam-se: administração do cadastro de eleitores, atos de alistamento e transferência eleitoral, revisão do eleitorado, designação de locais de votação, criação das seções eleitorais, criação das zonas eleitorais, nomeação e convocação de mesários e escrutinadores, apuração e julgamento dos procedimentos individuais de cancelamento dos eleitores.

A Justiça Eleitoral brasileira é dotada de competência e atribuições normativas, sendo responsável pela edição de resoluções sobre matéria eleitoral. Essas resoluções devem ser expedidas de acordo com a lei. Aliás, uma das funções dessas resoluções é justamente facilitar a eficácia da lei, pormenorizando adequadamente seu teor. Esse poder normativo é exercido de forma célere, que facilita a certeza legal mesmo durante o desenrolar do processo eleitoral, evitando suspensões e adiamentos.

Um último ponto quanto ao órgão gestor do processo eleitoral que se relaciona diretamente com o sucesso da implantação da votação eletrônica é a unidade desse órgão. No caso brasileiro, a estrutura da Justiça Eleitoral é nacional e, em linhas gerais, é composta pelo Tribunal Superior Eleitoral como seu órgão de cúpula de atuação nacional, além dos Tribunais Regionais Eleitorais no âmbito dos estados-membros e do Distrito Federal, e, por fim, no âmbito dos municípios, onde sua função é exercida pelos juízes estaduais, já que este ente federativo não conta com Judiciário próprio. Toda essa estrutura é interligada em uma relação hierárquica, mantendo a unidade das condutas por toda sua atuação.

Outro ponto que completa essa atmosfera jurídica, favorecendo as eleições por meio das urnas eletrônicas, é a unidade da legislação eleitoral brasileira. Como no Brasil todos os entes federativos (União, estados-membros, Distrito Federal e municípios) têm autonomia e são dotados da capacidade de legislar, a Constituição brasileira tratou minuciosamente dessa partilha entre eles.

No art. 22 da Constituição brasileira, o *locus* das competências privativas da União destinou seu primeiro inciso para essa matéria, incumbindo a União de legislar sobre Direito Eleitoral. Portanto, no Brasil, apenas a União tem capacidade para legislar sobre esta matéria, não sendo permitido qualquer intromissão legislativa a respeito, o que mantém íntegra essa unidade nacional da legislação eleitoral brasileira. Assim, embora os entes sejam dotados de autonomia, o regramento

eleitoral é o mesmo e é aplicado no âmbito nacional, abrangendo todos os entes federativos e todos os cargos políticos eletivos independentemente do sistema eleitoral adotado.

Com a mesma legislação eleitoral incidindo homogeneamente em todo território nacional e um órgão controlador do processo eleitoral atuante no mesmo âmbito com traços de força, segurança e transparência, cobre-se com um manto de simetria um país, mesmo tão assimétrico quanto é o Brasil, pois forma-se uma atmosfera jurídica que permite todo o sincronismo de atividades. Isso gera um ciclo de confiança que alimenta a paz que comumente é perturbada pelo período eleitoral. Portanto, o Estado dirige o processo eleitoral com competência fática e jurídica, gerando rápidas respostas à sociedade, que retribui com confiança e se submete à pacificação dos ânimos que naturalmente se acirram pelas divergências eleitorais.

4 O dilema: voto impresso *versus* voto eletrônico

A Lei nº 10.408 de 11 de janeiro de 2002 trouxe a obrigatoriedade de impressão do voto com o objetivo de facultar ao eleitor a conferência de seu voto digital com sua versão impressa. Se, ao conferir o voto impresso, o eleitor não concordasse com os dados nele registrados, poderia cancelá-lo e repetir a votação pelo sistema eletrônico. Caso reiterasse a discordância entre os dados da tela da urna eletrônica e o voto impresso, seu voto seria colhido em separado e apurado na forma a ser definida pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Outra obrigatoriedade trazida por essa lei consistia em um sorteio pelo juiz eleitoral na véspera do dia da votação, em audiência pública, de três por cento das urnas de cada zona eleitoral, respeitado o limite mínimo de três urnas por município, que deveriam ter seus votos impressos contados e conferidos com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna. Eventual diferença entre o resultado apresentado no boletim de urna e o da contagem dos votos impressos seria resolvida pelo juiz eleitoral, que também decidiria sobre a conferência de outras urnas.

Para atender a essa determinação legal, a Justiça Eleitoral brasileira iniciou uma experiência nas eleições de 2002 com cerca de sete milhões de eleitores. Entretanto, o resultado foi negativo diante do

excesso de problemas nas urnas e nas impressoras. Os setores técnicos apontaram uma lista, relacionando os problemas identificados nesta experiência (TSE, 2010):

- Desconhecimento por parte de eleitores e de mesários quanto ao novo mecanismo, o que dificultou os trabalhos;
- Custos de implantação muito altos;
- Número significativo de eleitores que saíram da cabine sem confirmar o voto impresso, o que sugere sua desnecessidade;
- Demora na votação nas seções onde houve voto impresso;
- Procedimento mais demorado na carga dos programas;
- Necessidade de procedimentos de transporte, de guarda e de segurança física das urnas de lona com os votos impressos;
- Treinamento mais complexo para os mesários, contrariando a orientação geral de simplificação do processo eleitoral;
- Ocorrência de problemas técnicos na porta de conexão do módulo impressor, o que a deixava vulnerável a tentativas de fraude;
- Dificuldade de manter o sigilo do voto, já que, para resolver os problemas de travamento de papel na impressora, o técnico visualiza o voto do eleitor que ficou na impressora, quebrando assim o sigilo constitucional do voto;
- Possibilidade de falha, pois com o travamento e a perda de apenas um voto impresso, o resultado da eleição pode ser comprometido pela divergência entre o resultado da urna eletrônica e o da urna de lona;
- Interferência externa, já que um eleitor pode intencionalmente impugnar a urna eletrônica por alegação de divergência entre o voto impresso e o voto digitado na urna eletrônica, tumultuando o andamento da votação;
- Intervenção humana na organização dos votos impressos, bem como na sua recontagem, o que pode favorecer ou prejudicar os candidatos;
- Risco de abalo da credibilidade do processo eleitoral, que pode ser ocasionado por divergência entre o resultado manual, gerado por algum problema mecânico simples, e o resultado eletrônico;
- Alto consumo de bobinas de papel para imprimir o voto desnecessariamente;

- Aumento do custo, gerado pela necessidade de aquisição de impressoras e implementação de infraestrutura.

Já a Lei nº 10.740, de 1º de outubro de 2003, instituiu o registro digital de cada voto e a identificação da urna em que foi registrado, resguardado o anonimato do eleitor. Com isso passou a “ser possível a recontagem dos votos, de forma automatizada, sem comprometer a credibilidade do processo eletrônico de votação” (TSE, 2010), afastando a obrigatoriedade de implantação do voto impresso.

Mas com a Lei nº. 12.034, de 29 de setembro de 2009, o voto impresso retornou ao ordenamento jurídico, sendo exigido por seu art. 5º a partir das eleições de 2014.

Os três primeiros parágrafos do art. 5º descrevem em linhas gerais o procedimento a ser adotado, ou seja, o modelo de máquina e de instrumentos que devem ser disponibilizados:

§1º A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto.

§ 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.

§ 3º O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

O parágrafo quarto expõe a finalidade da impressão do voto, dispondo que, após o fim da votação, em audiência pública, a Justiça Eleitoral realizará auditoria, independentemente do *software*, mediante o sorteio de 2% das urnas eletrônicas de cada zona eleitoral, que deverão ter seus votos contados e comparados com os resultados apresentados pelo boletim emitido pela urna eletrônica. O quinto e último parágrafo refere-se à permissão do uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica.

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543, promovida pela Procuradoria-

Geral da República, cujo objeto foi o art. 5º da Lei n. 12.034 que – como já mencionado – prevê a criação do voto impresso.

A Procuradoria o considerou um atentado contra a Constituição brasileira, em especial ao art. 14, que se refere ao sigilo do voto, tendo justificado seu entendimento com vários argumentos, dentre os quais, mencionamos o seguinte: “a impressão do voto permitirá a identificação dos eleitores, por meio da associação de sua assinatura digital ao número único de identificação impresso pela urna eletrônica”. Além disso, a petição também mencionou a possibilidade de uma mesma pessoa votar mais do que uma vez, já que o sistema não poderia ser encerrado pelo funcionário público responsável. Foram apontadas também as dificuldades advindas da instalação e manutenção da impressora que deveria ser acoplada à urna eletrônica, especificamente, diante da alta probabilidade de falha mecânica.

Diante da urgência, por força da proximidade da aquisição das impressoras e demais produtos necessários à adaptação das urnas eletrônicas, a Procuradoria-Geral da República requereu liminarmente a suspensão dos efeitos desse dispositivo legal.

Sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia, a decisão sobre o pedido liminar foi levada a plenário no dia 19 de outubro de 2011 e, por votação unânime, foi deferida a medida cautelar. A relatora dividiu a fundamentação de seu voto em quatro partes: voto secreto e voto impresso; um eleitor, um voto; o princípio da proibição de retrocesso político; e os inconvenientes do voto impresso.

Quanto ao segredo do voto, a impressão gera ao menos dois problemas: o primeiro está em criar a possibilidade de se identificar o eleitor de determinado voto por meio da associação da assinatura digital, e o segundo se refere à alta probabilidade de falhas mecânicas nas impressoras, obrigando a presença constante de terceiros no ambiente da urna.

Quanto à possibilidade de mais de um voto por eleitor, tal inconveniente decorre da independência da urna eletrônica em relação ao terminal de votação, impossibilitando que o presidente da mesa eleitoral abra e encerre o período de votação, o que facilitaria a fraude por deixar ao próprio eleitor esse controle.

Outro ponto que a ministra relatora trouxe refere-se ao princípio da proibição do retrocesso político, identificando a atmosfera

de confiança no sigilo e invulnerabilidade do voto eletrônico como uma conquista impossível de retroceder. Em suas palavras:

Como se dá quanto aos direitos sociais, a proibição de retrocesso político-constitucional impede que direitos conquistados, como o da democracia representativa exercida segundo modelo de votação que, comprovadamente, assegura o direito ao voto com garantia de sigilo e invulnerabilidade da escolha retroceda para dar lugar a modelo superado exatamente pela vulnerabilidade em que põe o processo eleitoral.

Por último, seu voto trouxe os inconvenientes do voto impresso, que em pouco distoam daqueles já constatados na experiência realizada em 2002, com destaque para a instabilidade do mecanismo de impressão, seu alto custo e a ampliação do universo de possíveis fraudes, tornando o modelo de urna brasileira um modelo vulnerável e, com isso, cerceando conquistas democráticas.

5 Conclusões

A relação do Brasil com o voto tem sido acompanhada de diversas transformações, sempre realçando o ímpeto inovador que fez surgir, já no Código Eleitoral de 1932, a previsão de uma máquina de votar. Essa intensa relação criou campo fértil para a urna eletrônica, que contou com a unidade, eficiência e segurança da gestão do processo de eleições pela Justiça Eleitoral e com a unidade da legislação específica.

De fato, a votação eletrônica conquistou e cativou os eleitores brasileiros, transformando as eleições e enaltecendo ainda mais as virtudes: eficiência, segurança e transparência que funcionam como o tripé em que se sustenta a lisura do processo eleitoral. Em última análise, o sistema eletrônico de votação fomentou a democracia brasileira, reforçando seu alicerce central, a soberania popular.

O trabalho constante da Justiça Eleitoral verte para o aperfeiçoamento da urna eletrônica, desenvolvendo ainda mais seus componentes físicos (*hardware*) e seu *software*. Ademais, busca-se, doravante, acoplar a todo sistema eletrônico de votação um modelo de identificação biométrica, já em fase de expansão. Inverter o ciclo de evolução desse instrumento significa abalar essas virtudes, provocando

verdadeiro retrocesso democrático, desilusão e desestímulo para a população brasileira e desconfiança no sistema até então utilizado, sem qualquer justificativa.

O voto impresso, no atual estágio alcançado pela democracia brasileira, interfere diretamente na segurança eleitoral, além de onerar desnecessariamente o Estado brasileiro e provocar retrocesso político, por compactuar com o distanciamento quanto a uma conquista democraticamente relevante no Brasil, consistente no sigilo absoluto do voto, especialmente considerando localidades nas quais ainda se percebe a tentativa de se exercer certa condução da vida e vontade dos eleitores.

Mas outro fator deve ser averiguado: a que finalidade se presta, ainda na atualidade, um voto impresso ou em papel? Seus poucos defensores argumentam que com sua adoção se inauguraria uma possibilidade de se auditar externamente a votação. Olvidam-se, claramente, do fato de que isso já é efetuado por meio da denominada votação paralela, assim como por meio da conferência dos boletins de urnas, com todo aparato tecnológico de criptografia e controle desses dados que assegura também ao processo de controle a necessária segurança demandada pelo sigilo do voto.

Especificamente sobre a segurança da urna eletrônica, o ministro Fernando Neves (2005, p. 151) observou “que a adoção desse sistema no Brasil eliminou toda a possibilidade de fraude que existia no momento da votação e da apuração, duas importantes etapas do processo eleitoral”.

As pesquisas de diversos institutos, como as anteriormente mencionadas, apontam para a aprovação maciça da urna eletrônica. Assim, a implantação de mecanismo externo para conferência abrirá porta para a instabilidade jurídica e política nas eleições brasileiras. Além disso, o procedimento manual de contagem dos votos – que automaticamente se admitiria e implantaria com o novo modelo – é muito mais vulnerável do que o eletrônico, podendo gerar a desconfiança no sistema por sua via inversa, isto é, eventual falha na contagem manual macularia a contagem eletrônica (mesmo que íntegra estivesse) e conseqüentemente o processo eleitoral como um todo.

Ainda sobre a mescla do sistema de voto tradicional (por cédula) e o eletrônico, valem as afirmações de Fernández Rodríguez (2010, p. 63), que realça a importância de usar os dois sistemas simultaneamente,

provocando maior acessibilidade e atendendo amplamente o princípio da universalidade. Entretanto, ressalva o autor, nesse ponto, que a utilização do voto tradicional e eletrônico simultaneamente deveria ocorrer apenas em fase transitória na ocasião da implantação, e fundamenta essa importante ressalva na incompatibilidade de uso de ambos os sistemas, provocando duplicidade de tarefas e de procedimento, além de diversas outras disfuncionalidades.

Enfim, a adoção do voto impresso em nossas eleições comprometeria a estrutura das eleições, atingindo frontalmente um dos pivôs da revolução tecnológica que transformou as eleições brasileiras: a urna eletrônica. Em outras palavras, todos os atributos que provocam essa admiração nacional e internacional estariam sob forte ameaça, já que geraria maior insegurança, provocando dúvidas que não existem, gerando custos desnecessários e prejudicando em muito a certeza e a rapidez da apuração de votos, o que daria margem para a invenção e instigação de conflitos e criaria obstáculos para a fluidez da própria democracia.

Referências

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Por dentro da urna*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: TSE, 2010. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/hotSites/urnaEletronica/pordentrodaurna.html>>. Acesso em: 3 nov. 2011.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. El voto electrónico en la balanza. *Revista Peruana de Derecho Público*, ano 11, n. 20, jan./jun. Lima: Grijley, 2010.

GASTALDI, Hélio; ROSENDO, Rosi. *Urna eletrônica: mudanças no processo eleitoral e no comportamento dos eleitores*. 2010. Disponível em: <www.waporbh.ufmg.br/papers/Helio_Gastaldi.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo; TAVARES, André Ramos. *Vade mecum eleitoral integrado*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2011.

NEVES, Fernando. O voto eletrônico. In: SÃO PAULO. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. *Justiça Eleitoral: uma retrospectiva*. São Paulo: IOESP, 2005.

NICOLAU, Jairo Marconi. *História do voto no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

_____. *A participação eleitoral no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ, Visiting Research Fellow, Centre for Brazilian, p. 23-24. Working Paper CBS-26-2002. Disponível em: <http://www.brazil.ox.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0018/9405/Nicolau26.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Há uma crise de legitimação eleitoral no mundo? *Estudos Eleitorais*, Brasília: TSE, v. 5, n.1, jan./abr. 2010.

_____. Fidelidade e segurança nas urnas. *Carta Forense*, mar. 2011, p. A-12.

DA INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS POR PARTE DE PREFEITOS MUNICIPAIS

Walber de Moura Agra¹

Resumo

Trata da inelegibilidade por rejeição de contas por parte do ordenador de despesa. Destaca que, após a Segunda Guerra Mundial, a Constituição passou a absorver valores jurídicos, políticos e morais que a sociedade considera imprescindíveis. No Brasil, as Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967/EC nº 1/69 tipificaram como crime de responsabilidade do presidente da República os atos antagônicos à probidade administrativa e à moralidade. Assim, a moralidade deixou de ser um mandamento de cunho retórico e passou a ser um mandamento imperativo, de força constitucional. Cita a Lei Complementar 64/1990, que incluiu, dentre os casos de inelegibilidades, aquele decorrente de rejeição de contas no que tange ao exercício de cargos ou funções públicas em que ficar configurada a improbidade administrativa, e a Lei Complementar 135/2010, que estendeu o prazo de inelegibilidade por rejeição de contas de cinco para oito anos.

Palavras-chave: Inelegibilidade. Improbidade administrativa. Rejeição de contas. Prefeito.

Abstract

It's ineligibility for rejection of accounts by the originator of expense. Points out that, after the Second World War, the Constitution has to absorb values legal, political and moral society considers essential. In Brazil, the Constitutions of 1934, 1937, 1946, 1967/EC nº 1/69 typified as a crime of responsibility of the president acts antagonistic to the administrative probity and morality. Thus, morality has ceased to be a rhetorical command of nature and became an imperative command of constitutional force. Cites the Complementary Law 64/1990, which included, among cases of ineligibility, that due to rejection of accounts with respect to the exercise of public duties or functions to be configured in which the administrative misconduct, and Complementary Law 135/2010, which extended the period of ineligibility for rejection of accounts from five to eight years.

¹ Mestre pela UFPE. Doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze. Pós-Doutor pela Université Montesquieu Moura Bordeaux IV. Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PE. Vice-Diretor da EJE-TSE.

Keywords: Ineligibility. Improper conduct. Rejection of accounts. Prefect.

1 A encampação de valores pela Constituição consubstanciada na primazia de probidade administrativa

Torna-se inexorável para compreensão da hodierna incorporação dos valores pelo Texto Constitucional, *conditio sine qua non*, uma retrospectiva histórica acerca do positivismo kelseniano. Certamente, a história demonstra que o ordenamento jurídico em tempos pretéritos, isto é, durante o século XIX, era composto por um sistema invariavelmente normativo, cujo escopo seria alcançar uma pureza metodológica das normas jurídicas, através de um corte epistemológico e de uma depuração axiológica.

Tal método tinha o apanágio de tergiversar a lógica estrutural do Direito das injunções do jusnaturalismo, da utopia da Justiça, da metafísica dos valores, dos aspectos sociais da sociologia e das origens históricas dos costumes (KELSEN, 1998, p. 291-293). O escopo era expurgar a discricionariedade do intérprete autêntico do Direito, retirando qualquer esfera subjetiva e valorativa da hermenêutica jurídica, proporcionando ao Estado-Juiz uma mera condição de ser um instrumento de reprodução literal do ordenamento jurídico. O Juiz, nessa época, era, segundo Montesquieu, *La bouche de la loi* (1973, p. 91).

É cediço que, após a Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo passou por uma inexorável mutação, isto é, o Direito atravessou um processo de evolução social, em que a *Lex Mater* passou a absorver valores jurídicos, políticos e morais que a sociedade considera como imprescindíveis. Assim, o constitucionalismo moderno torna-se uma facticidade lógica entre o Direito e a democracia (MIRANDA, 2000, p. 198).

O neoconstitucionalismo é propulsionado pelos seguintes aspectos: a) falência do padrão normativo, que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; b) influência da globalização; c) pós-modernidade; d) superação do positivismo clássico; e) centralidade dos direitos fundamentais; f) diferenciação qualitativa entre princípios e regras; g) revalorização do Direito.

Nesse sentido, um dos valores mais importantes positivados pelo Texto Constitucional é a moralidade. Por muito tempo, perdurou-se a

máxima de que “um ato imoral não é ilegal”. Tal distorção forcejava que a sociedade suportasse tal teratologia por parte dos gestores públicos, sob o arrimo de que o ato seria apenas imoral, mas não ilegal.

Não se pode olvidar a preciosa distinção entre Moral e Direito feita por Hans Kelsen, em que o insigne jurista afirma que a distinção básica entre os dois institutos está na ausência de coercibilidade da Moral, isto é, no fato de que esta é desprovida de qualquer sanção, situação em que vincularia apenas a subjetividade do ser humano no seu sentido *de per si*.²

No Brasil, as Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967/EC nº 1/69 tipificaram como crime de responsabilidade do presidente da República os atos antagônicos à probidade administrativa e à moralidade.

Seguindo esse jaez, o legislador da constituinte de 1988 elencou no art. 37 da Carta Magna, dentre o rol de ilação dos princípios que regem a administração pública, a questão da moralidade, dotando-a não apenas de *status* de legalidade, mas de supremacia e suprallegalidade, consistindo em uma diretriz indelével do operador jurídico, no que serve de pressuposto para validade de todo ato administrativo, seja vinculado ou discricionário (PINTO, 2011, p. 382).

Tal fenômeno é decorrência lógica da preocupação da sociedade com a tutela da moralidade e com a probidade administrativa por parte dos gestores públicos, durante o exercício do mandato, em respeito inexorável com a *res publica*. Tal primazia tem a função de afastar do certame eleitoral aqueles cidadãos que praticam atos discrepantes com a moralidade e com a probidade administrativa, vetores que a sociedade espera que sejam seguidos com denodo por todos os homens públicos.

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 187) ensina que o princípio da moralidade administrativa formou-se a partir do princípio da legalidade, ao qual se acrescentou como conteúdo necessário à realização efetiva e eficaz da Justiça substancial a legitimidade do Direito.

² “O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um acto de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física” (KELSEN, 1984, p. 99).

Em sentido similar, ressalta Djalma Pinto (2011, p. 382) que o ato ofensivo à moral tornou-se não apenas imoral, mas, além de ilegal, inconstitucional, sem validade alguma.

Tavares (2010, p. 1.323) distingue o alcance dos conceitos de moralidade administrativa e de moralidade comum, apontando ser a moralidade administrativa diversa da moralidade comum, composta que é aquela pelas regras de boa administração, de exercício regular do múnus público, de honestidade, de boa-fé, de equidade, de justiça e regras de conduta extraíveis da prática interna da administração.

Assim, a moralidade deixa de ser um mandamento de cunho meramente retórico, cujo objeto seria a boa conduta individual, e passa a ser um mandamento imperativo, de força constitucional, dotado de supremacia e supralegalidade, ostentando um conteúdo de valor substancial, na inexorável tutela do interesse público.

Foi com esse intento que o legislador infraconstitucional, por meio da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, incluiu, dentre diversos outros casos de inelegibilidades, a inelegibilidade decorrente de rejeição de contas no que tange ao exercício de cargos ou funções públicas, desde que, obviamente, nos casos de irregularidade insanável configurada por atos dolosos de improbidade administrativa – requisito esse que aparece na nova redação da LC nº 64/90, dada pela LC nº 135/2010 – decorrentes de decisões administrativas imutáveis, formando o que a doutrina administrativista denomina de coisa julgada administrativa (MELLO, 2010, p. 34).

Diante do exposto, a inelegibilidade infraconstitucional contida na alínea “g” do inciso I do artigo 1º da LC nº 64/90 configura-se num invariável escudo protetor do interesse público contra a corrupção, o desvio de finalidade e a improbidade administrativa na administração com a coisa pública.³ O objetivo formulado nessas linhas seguintes é tentar dissecar a inelegibilidade referente à rejeição da prestação de contas de prefeitos municipais como ordenadores de despesas.

³ STJ, REsp 255861/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 22.10.2001, p. 268.

2 Pressupostos para a incidência da inelegibilidade por rejeição de contas

Consoante as lições do professor Ruy Cirne Lima (1987, p. 21), administrar a coisa pública é atividade do que não é senhor absoluto de coisa própria, mas constitui gestão de coisa alheia, de patrimônio alheio, do povo, da própria sociedade, de interesse indisponível. No mesmo sentido leciona Mello (2002, p. 46) que, na administração, os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador; muito pelo contrário, impõe-se ao gestor público a obrigação de velá-los, mantendo a finalidade para a qual estão adstritos.

Dessa forma, a perda do *ius honorum* decorrente da inelegibilidade em apreço tem o escopo de afastar do poder os maus gestores, que não tiveram o necessário dever de cuidado e de probidade administrativa para com o erário e com a sociedade em geral, traíndo a confiança depositada pelo povo.

Segundo o ministro Carlos Ayres Britto, analisando a questão à luz do disposto no art. 1º, I, "g" da LC nº 64/90 antes da alteração feita pela LC nº 135/2010, a inelegibilidade contida na alínea "g" do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90 contém três requisitos cumulativos, dois positivos e um de cunho negativo: a) rejeição, por vício insanável, de contas alusivas ao exercício de cargos ou funções públicas; b) natureza irrecorrível da decisão proferida pelo órgão competente; c) inexistência de provimento suspensivo, emanado do Poder Judiciário. Nesse sentido, aduz que se trata de requisitos inexoravelmente autônomos entre si, ao passo que basta a ausência de um deles para que a cláusula de inelegibilidade deixe de incidir⁴.

Para efeito de orientação desse estudo, prefere-se uma elencação mais extensa, motivada pelas alterações efetuadas pela Lei Complementar nº 135/2010 na LC 64/90. Nesse diapasão, são necessários os seguintes pressupostos para a configuração da inelegibilidade referida: a) existência de prestação de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas; b) que os gestores tenham agido enquanto ordenadores de despesa; c) irregularidade insanável; d) que haja decisão irrecorrível, de órgão competente, rejeitando as contas prestadas; e) tipificação de ato doloso de improbidade administrativa; f) que o parecer do Tribunal

⁴ TSE. ED-AgR-REspe nº 31.942/PR, rel. Min. Carlos Ayres Britto. Acórdão de 18.12.2008.

de Contas não tenha sido afastado pelo voto de dois terços da Câmara de Vereadores respectiva; g) inexistência de provimento suspensivo provindo de instância competente do Poder Judiciário.

Resta indubitável que os requisitos supracitados são de configuração obrigatória para que a conduta típica possa ser consubstanciada. Faltando um desses elementos, não pode ser ventilada a imputação da inelegibilidade. Dos requisitos mencionados, apenas os dois últimos são negativos, que são a inexistência de provimento suspensivo ou de decisão com quórum qualificado por parte do Legislativo.

A obrigatoriedade de prestação de contas necessita provir de parâmetro legal, abrangendo o exercício de cargos ou funções públicas, no que incide em cidadãos que exercem a função pública de forma permanente ou provisória. Os gestores têm que exercer sua função enquanto ordenadores de despesas, ou seja, alocando recursos públicos para atender a demandas da população. A decisão do órgão competente deve ser no sentido de rejeitar as contas em razão de vício insanável, no que atesta a alta mácula da conduta ensejada. O ato impugnado tem que ser perpetrado na modalidade dolosa, concretizando ato de improbidade administrativa, sendo este um acinte aos parâmetros de moralidade que devem nortear a coisa pública. Por último, que a Câmara de Vereadores não tenha afastado a decisão do Tribunal de Contas pelo quórum de dois terços de votos e que não haja a existência de um provimento judicial, que pode ser de qualquer natureza, desde que apto a conferir efeito suspensivo à decisão de rejeição de contas.

Imperiosa a análise com bastante acuidade para atestar a existência de cada um desses requisitos e a inexistência de afastamento da decisão de rejeição ou de decisão judicial suspendendo os efeitos da rejeição de contas. Nesse mister de verificação subsuntiva, descabe qualquer tipo de recurso hermenêutico *praeter legem* ou de voluntarismos judiciais. Não se atestando rigidamente os requisitos mencionados, não se pode ventilar a aplicação da inelegibilidade.

3 Conceito de irregularidade insanável

A definição de irregularidade insanável configura-se uma grande celeuma normativa, atravessando tanto a esfera doutrinária, quanto

a seara jurisprudencial, mormente por se tratar de conceito jurídico indeterminado. Tal fenômeno deve ser tratado com zelo, orientado pelo princípio da proporcionalidade, evitando o avultamento de um processo de judicialização, o que implica crescer forte insegurança ao sistema jurídico.

Por irregularidade insanável deve-se entender condutas ilícitas e de gravidade majorada, decorrentes de atividades realizadas por gestores públicos com *animus dolandi*, munidas de dolo e de má fé. Tais condutas, além de contrárias ao interesse público e ao dever de probidade de todo gestor público, ferem de morte os princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa pública (GOMES, 2011, p. 178).

Insta salientar que uma irregularidade é insanável quando não puder ser convalidada em sanável, isto é, quando não se tratar apenas de violação aos aspectos formais, mas que viole, dolosamente, a essência do próprio ato examinado, tornando-a impossível de ser corrigida. Esse tipo de mácula exclui todos os outros tipos de irregularidades, principalmente os de natureza formal e aqueles considerados de pequena monta. São as insuperáveis, incuráveis em razão da gravidade do acinte praticado.

Cândido (1999, p. 185-186) planteia que irregularidade insanável é aquela que não pode mais ser corrigida, sendo insuprível e irreversível, além de se caracterizar como improbidade administrativa. Para Costa (2006, p. 246), a decisão de rejeição de contas deverá versar a existência de irregularidade insanável, que atente contra a moralidade, a economicidade, a razoabilidade, a publicidade ou qualquer outro valor tutelado pelo ordenamento jurídico. Por sua vez, Castro (2008, p. 223) ensina que ela traz em si nota da improbidade administrativa, por causar prejuízo ao patrimônio público ou atentar contra os princípios norteadores da administração.

É entendimento do Tribunal Superior Eleitoral que, para incidência da inelegibilidade da Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, I, "g", torna-se imperioso que a decisão que rejeita as contas tenha arrimo na atestação de existência de irregularidade insanável, claramente verificada no curso do processo.⁵

⁵ TSE, REspe nº 12989/RN, rel. Min. Eduardo Alckmin, DJU 26/11/1996; TSE, REspe nº 22704/CE, ac. nº 22704, de 19/10/2004, rel. Min. Luiz Carlos Madeira; TSE, AgR-REspe nº 24448/MG, ac. nº 24448, de 07/10/2004, rel. Min. Carlos Velloso.

Nesse jaez, a insanabilidade pressupõe a prática de ato doloso de improbidade administrativa contrário ao interesse público, configurado pelo benefício do interesse pessoal ou material do prefeito municipal.⁶ Assim, torna-se imprescindível para a caracterização da irregularidade insanável a configuração do ato de improbidade administrativa ou qualquer outra forma de desvio de valores. Esclarece-se, assim, que o ato insanável, configurado em decisão irrecorrível do Tribunal de Contas, necessita ainda ser enquadrado como atividade dolosa de improbidade administrativa, requisitos sem os quais a inelegibilidade não se concretiza.

Já decidiu a colenda Corte Eleitoral que a omissão no dever de prestação de contas gera, invariavelmente, a configuração da inelegibilidade por natureza insanável, decorrente de ato doloso de improbidade administrativa, bem como o seu atraso na entrega da prestação de contas impossibilita o município de receber novos convênios.⁷

Também já decidiu a colenda Corte Eleitoral que a prática de condutas tipificadas como crime de responsabilidade tem natureza insanável e caracteriza atos dolosos de improbidade administrativa, o que enseja, impreterivelmente, a inelegibilidade prevista na alínea "g" do inciso I do art. 1º, da LC nº 64/90.⁸

Meros erros formais ou contábeis não ensejam a inelegibilidade prevista, haja vista a inexistência de mácula ao erário⁹. Pelo princípio da insignificância, não deve o ordenamento jurídico se imiscuir em questões ínfimas, que não produzam problemas para a *res publica*. Se houver uma generalização absoluta da interferência jurídica nas questões administrativas, o espaço de decisão política será mitigado de forma a podar a autonomia de vontade da sociedade civil.

A jurisprudência tem se posicionado pela não incidência da rejeição de contas quando o prefeito não aplica o percentual mínimo dos recursos mínimos exigidos constitucionalmente para manutenção e desenvolvimento do ensino e dos recursos previstos no fundo de saúde municipal¹⁰.

⁶ TSE, REspe nº 23565/PR, em 21/10/2004, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.

⁷ TSE, AgR-RO nº 261497, ac. de 15/12/2010, rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

⁸ TSE, AgR-RO nº 398202, ac. de 13/10/2010, rel. Min. Marcelo Ribeiro.

⁹ TSE, RESPE nº 14503, ac. de 25/2/97, rel. Min. Ilmar Galvão.

¹⁰ "[...] A rejeição legislativa de contas públicas, com fundamento na ausência de aplicação do percentual compulsório mínimo determinado pelo texto constitucional em favor do ensino fundamental, não conduz, por si só, ao reconhecimento de uma situação

Entende-se, com embasamento no princípio da proporcionalidade, que essas diferenças nos percentuais de educação – 25% – e de saúde – 15% – não podem ser abissais, demonstrando cabalmente o desinteresse do chefe municipal por duas áreas tão sensíveis da coletividade. As diferenças têm que ser pequenas, no sentido de atestar que houve muito mais um problema contábil do que o sentido de burlar os mandamentos legais.

4 Da necessidade de configuração de ato doloso de improbidade administrativa

O vocábulo improbidade advém de origem latina, isto é, *improbitate*, cuja tradução significa desonestidade, desonradez, putrefação moral do prefeito municipal. Hodiernamente, identifica-se como improbidade a conduta de gestor público que traiu os parâmetros morais básicos que devem alicerçar a gestão da coisa pública.

O ato de improbidade administrativa incide na atuação de forma desonesta do agente público, ou até mesmo do particular, no desempenho de função pública, isto é, de função mantida com a administração, consubstanciando um acinte aos valores juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico.

Ato de improbidade é todo aquele que promove o desvirtuamento da administração pública, afrontando os princípios inexoráveis da ordem democrática e do Estado Democrático Social de Direito, revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, durante o exercício de funções públicas (PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 24). Portanto, pode-se afirmar que qualquer ato ou omissão que importe em enriquecimento ilícito, acarrete dano ao erário ou que viole os princípios que regem a administração pública, implícitos ou explícitos, constitucionais ou infraconstitucionais, constitui ato de improbidade administrativa.

Os atos de improbidade administrativa, previstos na Lei nº 8.429/92, podem ser classificados em três espécies: a) atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos que causam prejuízo ao erário (art. 10); c) atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

caracterizadora de improbidade administrativa (LC n. 64/90, art. 1º, Inc. I, letra g)”. (STF, RE nº 160.472-8, DJ de 6.5.1994, 1ª turma, rel. Min. Celso de Mello)

Assevera o artigo 9º que constitui ato de improbidade administrativa, importando enriquecimento ilícito, auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade em entidades públicas ou que recebam orçamento público. Dimana o artigo 10 que se configura ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres de entidades públicas ou que recebam orçamento público. Por fim, nos termos do artigo 11, classifica-se como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas ou de caráter público.

Torna-se imprescindível a aferição do *animus dolandi* do agente público, isto é, se restou configurado o elemento subjetivo de dolo na sua conduta como forma imperiosa de aferição e caracterização do ato de improbidade administrativa (DI PIETRO, 2002, p. 687). Caso haja dúvida com relação ao *animus dolandi* em razão de insuficiência de provas, não poderá haver a configuração da inelegibilidade prevista no instrumento legal estudado.

Questão tormentosa é saber se todo ato doloso de improbidade administrativa configura-se uma irregularidade insanável. O entendimento predominante no Superior Tribunal Eleitoral é de que os atos dolosos de improbidade administrativa fazem parte do alcance do termo irregularidade insanável, como forma de melhor proteger a coisa pública. Tal entendimento tem arrimo no próprio artigo 14 da Carta Magna que determina a possibilidade de novas causas de inelegibilidades com o escopo de se tutelar a probidade administrativa e a moralidade.¹¹

Assim, podemos dizer que todo ato doloso de improbidade administrativa praticado pelo prefeito municipal, como ordenador de despesa, ensejará, invariavelmente, a inelegibilidade por rejeição de contas. Todavia, nem toda irregularidade insanável ensejará um ato de improbidade administrativa.¹² Insta-se ressaltar que a configuração do ato

¹¹ TSE, AgR-RO nº 68355/AC, publicado em sessão em 15/9/2010, rel. Min. Arnaldo Versiani.

¹² TSE, REspe no 23.565/PR, publicado em sessão em 21/10/2004, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.

de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo, isto é, o dolo, inexistindo a possibilidade de responsabilidade objetiva.¹³

Inexiste necessidade que haja o trânsito em julgado de decisão judicial para configuração do ato doloso de improbidade administrativa, bem como a própria existência de ação em curso na Justiça comum para análise de tal ato. O que se exige é que tenha havido a caracterização da irregularidade insanável, por ato doloso de improbidade administrativa, por parte do Tribunal de Contas. A competência é absoluta, mormente a *ratione materiae* (GOMES, 2011, p. 179).

5 Da necessidade de decisão irrecorrível por órgão competente

O sistema brasileiro de controle das atuações dos administradores públicos encontrou o seu apogeu após o advento da *Lex Mater* de 1988, com a dilação do feixe de atuação das Cortes de Contas e do controle judicial sobre os atos administrativos. Tal desiderato tem o mister institucional de fortalecer os mecanismos para tutela do erário, ofertando uma maior proteção à coisa pública (CAVALCANTI, 2007, p. 7).

A análise do referido órgão é um ato de fiscalização, atendo-se a parâmetros legais e a cálculos matemáticos e financeiros, sem a possibilidade de adentrar no caráter político das decisões. O relatório deve ser minucioso, robustecido com dados exaurientes, que permitam uma interpretação clara por parte dos membros do Poder Legislativo.

Esclarece Cretella Júnior (1993, p. 2.797) que a expressão “julgar as contas” não pode levar a ilação de que haveria o exercício de funções judicantes, como o exercido pelo Judiciário. O sentido de julgar contas é examiná-las, conferir-lhes exatidão, ver se estão certas ou erradas, tratando-se de função matemática, contábil, não de natureza jurisdicional.

O artigo 71 da Constituição Federal delegou ao Tribunal de Contas um feixe de funções, inclusive aquelas pertinentes à consulta e à apreciação. O inciso I do art. 71 confere competência ao Tribunal de

¹³ STJ, REsp 734.984/SP, 13ª Turma, rel. para acórdão Min. Luiz Fux, DJe de 16/6/2008; STJ, REsp 658.415/RS, 23ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3/8/2006; STJ, REsp 604.151/RS, 13ª Turma, rel. para acórdão Min. Teori Zavascki, DJ de 8/6/2006; STJ, REsp 626.034/RS, 23ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 5/6/2006, p. 246.

Contas para apreciar as contas prestadas anualmente pelos chefes do Poder Executivo. Assim, o mencionado órgão emite um parecer prévio que deve ser enviado ao Poder Legislativo. O parecer é meramente opinativo, sendo de caráter técnico auxiliar, não vinculando os membros do Poder Legislativo a seguir a lume as diretrizes elaboradas, tendo apenas uma função de orientação. Assim, pode, perfeitamente, o Tribunal de Contas entender pela rejeição das contas de um determinado gestor público e a Câmara Legislativa entender por aprová-las. Todavia, adverte José Jairo Gomes (2011, p. 179) que nessas hipóteses o que se afasta é apenas a inelegibilidade, de modo a não eximir o ordenador das despesas tidas por irregulares pelo Tribunal de suas responsabilidades.

Não obstante, no que concerne à função julgadora, prevista no inciso II do art. 71, da CF, compete ao Tribunal de Contas julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Nesse caso, as contas devem ser prestadas diretamente ao Tribunal de Contas, que tem uma espécie de competência originária, outorgada pela Carta Magna, para emitir um posicionamento definitivo, e não apenas um parecer opinativo. Assim, é cediço que no primeiro caso trata-se de responsabilidade política do gestor, ao passo que no segundo trata-se de responsabilidade técnico-jurídica.

Não restam dúvidas de que a decisão irrecorrível terá que provir, segundo os regulamentos específicos e os estatutos legais, dos Tribunais de Contas de cada estado específico para julgar os prefeitos municipais, sem que este direcionamento possa provir de órgãos judiciais ou do Poder Judiciário. O pronunciamento irrecorrível, inexoravelmente, deve ser oriundo do Tribunal de Contas competente para examinar o dispêndio realizado pelo chefe do Executivo.

Como o próprio étimo da palavra deixa cristalino, a decisão deve ser irrecorrível, ou seja, aquela que não é proferida de forma monocrática, mas reanalisada de forma plural, colegiada, aprimorando o posicionamento anterior proferido e dando-lhe maior legitimidade, expurgando vícios que porventura possam maculá-la. A irrecorribilidade se traduz, na seara administrativa, pela inexistência de recurso administrativo, com a fase recursal plenamente exaurida, assegurando ao

prefeito que teve suas contas rejeitadas o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV).

A irrecorribilidade da decisão é atinente às esferas do Tribunal de Contas, não há óbice legal; muito pelo contrário, há expressa previsão constitucional, segundo o art. 31, §2º, que comina que o Poder Legislativo, pelo quórum de dois terços de votos, pode afastar a imputação de inelegibilidade. A decisão continua sendo irrecorrível nas esferas do Tribunal de Contas, mas a inelegibilidade pode ser afastada se a Câmara de Vereadores deliberar em sentido contrário, com o quórum mencionado e em decisão fundamentada.

Contudo, outras consequências podem surgir da declaração de rejeição de contas, como a impetração de ações por abuso de poder econômico e político. Ademais, caso o parecer prévio não seja apreciado no lapso temporal disposto em lei pela respectiva Câmara Municipal, o mesmo prevalecerá. O mencionado prazo é previsto na Lei Orgânica de cada município.¹⁴

Essa decisão do Tribunal de Contas tem a taxionomia de uma decisão administrativa, não fazendo coisa julgada no aspecto material, o que permite a apreciação de seus pressupostos de legalidade por parte do Poder Judiciário. Ela apresenta o tônus de coisa julgada formal, no sentido de que, uma vez proferida a “última” decisão, ela não mais pode ser revista nesta seara, cabendo apenas ao Poder Judiciário desfazer o ato quando houver impugnação.

A coisa julgada administrativa não obsta que eventuais irregularidades formais ou ilegais sejam submetidas à apreciação do Poder Judiciário. Assim, tem-se como principal diferença entre a coisa julgada administrativa e a coisa julgada jurisdicional a possibilidade de alteração do *decisum*. Isto porque a irrecorribilidade administrativa é mais flexível e pode ser alterada supervenientemente por meio do controle jurisdicional de legalidade dos atos administrativos por parte do Poder Judiciário, em compasso com o princípio da inafastabilidade da jurisdição insculpido no art. 5º, XXXV, da CF/88, ao passo que a coisa julgada jurisdicional só poderá ser alterada pelos mecanismos processuais próprios, estipulados

¹⁴ O TSE vem entendendo que o silêncio da Câmara Municipal, ainda que prolongado, não enseja a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/90. AgRg-REspe nº 32.927/PB, rel. Min. Felix Fischer, publicado na sessão de 12/11/2008.

no Código de Ritos, isto é, por meio de ação rescisória, ação anulatória e ação de querela *nullitatis*.

6 Da inexistência de provimento judicial suspensivo

A decisão administrativa que rejeita contas pode ser sempre submetida à apreciação do Poder Judiciário, em virtude do princípio da universalização. Apesar de a decisão que rejeita as contas ser “irrecorrível”, esta não ostenta natureza jurisdicional. Explica Roque Citadini que, para a defesa de suas prerrogativas, é natural que se tenha o ajuizamento de recursos por aqueles que sejam considerados inelegíveis, pois o fazem apresentando seu inconformismo na tentativa de recuperar o *jus honorum* (CITADINI, 2011, p. 1). Os meios processuais adequados para impugnação são a ação desconstitutiva de ato administrativo ou a ação anulatória.

Em tempos pretéritos, o TSE consagrou entendimento, na Súmula nº 1, de que a inelegibilidade – com fundamento na alínea “g” do inciso I do artigo 1º da LC 64/90 – ficaria suspensa, caso houvesse sido ajuizada ação judicial com o escopo de desconstituir a decisão que rejeitou as contas anteriormente à impugnação, independentemente da concessão de qualquer liminar suspendendo os seus efeitos.

Contudo, a partir do julgamento do RO nº 912/RR (rel. Min. Cesar Asfor Rocha), o mesmo Tribunal Superior Eleitoral passou a aceitar a suspensão da inelegibilidade apenas nos casos em que houvesse provimento liminar ou tutela antecipada concedidos pelo Poder Judiciário.

A modificação operada significou um fortalecimento da ação dos órgãos de controle externo da administração, desde que haja decisão, em pronunciamento definitivo, afirmando a existência de ato insanável de improbidade administrativa. Essa orientação é de extrema importância porque reconhece o trabalho das Cortes de contas, aumentando a eficiência da fiscalização do erário, fazendo com que as decisões que rejeitem as contas dos prefeitos municipais possam resultar na decretação de sua inelegibilidade. Caso não tenha a decisão que rejeitou as contas sido afastada pela Câmara de Vereadores, e também se não houver provimento incidental, isto é, em sede de cognição sumária, a inelegibilidade perdurará até a decisão judicial em sede de cognição exauriente.

Exige-se, atualmente, que a decisão do Tribunal de Contas seja afastada por pronunciamento judicial liminar ou acautelatório no sentido de determinar que houve equívocos na análise das contas apresentadas. Se esses equívocos não forem constatados, a decisão de rejeição deve ser mantida.

A tutela antecipada consubstancia a ideia de adiantamento, isto é, antecipação da decisão de mérito, a ser proferida em sede de determinado processo de conhecimento, cujo estandarte é inibir a consumação de dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. Insta-se ressaltar que o provimento antecipatório, que em tempos pretéritos era possível apenas na esfera do processo cautelar, espalha-se agora, pelo processo cognitivo, numa inexorável consagração ao poder geral de cautela do magistrado (ALVIM, 1995, p. 97-98).

Não obstante, a tutela antecipada não se confunde com medida liminar cautelar, isto porque esta última destina-se a assegurar a eficácia prática do processo, isto é, de garantir uma eficácia substancial da própria prestação jurisdicional, ao passo que a primeira, ou seja, a tutela antecipada, configura-se como um verdadeiro adiantamento do próprio pedido insculpido na peça exordial.¹⁵

Por conseguinte, se o pronunciamento judicial suspendendo os efeitos da decisão do Tribunal de Contas, em caráter liminar, for proferido depois do pedido de registro, configurar-se-á a suspensão da inelegibilidade até o pronunciamento judicial definitivo. Este é o sentido determinante do art. 11, § 10 da Lei Eleitoral, que promana que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.¹⁶

¹⁵ Leciona Pontes de Miranda (1976, p. 4) que a medida liminar consubstanciada na providência assecuratória ou preventiva que atenda à pretensão de segurança do direito, da ação ou da própria pretensão. Teodoro Júnior (2004, p. 97-98) ensina que a medida liminar atua como resultado do exercício do direito subjetivo de ação cautelar. No mesmo sentido, elucida Greco Filho (2003, p. 154) que é a providência jurisdicional protetiva do bem da vida envolvido no processo.

¹⁶ AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO ESTADUAL. INELEGIBILIDADE. LC Nº 64/90, ART, 1º, I, d, g e j. ALTERAÇÃO. LC Nº 135/2010. REJEIÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS. TCU. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. DECISÃO IRRECORRÍVEL. AUSÊNCIA. REJEIÇÃO DE CONTAS. TCM. PREFEITO. ÓRGÃO COMPETENTE. CÂMARA MUNICIPAL. CONDENAÇÃO. AIJE. INELEGIBILIDADE.

Para que a inelegibilidade reste afastada, o TSE tem exigido, ademais, que, na inicial da ação anulatória ou desconstitutiva da decisão de rejeição de contas, devem ser questionadas todas as irregularidades apontadas pelo órgão julgador, sob pena de manter-se o ato de rejeição de contas, isto é, a própria inelegibilidade, já que, consoante ao princípio da congruência, o órgão jurisdicional só poderá se pronunciar consoante os limites do pedido inicial (CPC, art. 460). Restando ainda alguma irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa que não fora atacado pela impugnação judicial, persiste a inelegibilidade.

7 Da necessidade da atividade desenvolvida ser de ordenador de despesa

Para a tipificação da inelegibilidade, necessita-se que o ato realizado tenha sido de natureza de ordenador de despesa, sem que possa ser classificado como um ato de execução do orçamento.

Ordenador de despesa é todo cidadão cujo desempenho de múnus público resulte na emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos. (Decreto-lei Federal nº 200/67, art. 80, § 1º). Pode exercer tal atividade o chefe do Executivo ou qualquer servidor público que possa agir como ordenador de despesa, um gestor público que autoriza um pagamento feito pelo erário. Classifica-se como uma responsabilidade de natureza eminentemente de gestão pública, autorizando a despesa por parte dos entes estatais. É um ato nitidamente administrativo em que o agente público ou quem estiver detendo uma função pública realiza um gasto de recursos públicos.

Quando o agente público atua como agente político, na execução do orçamento, não pode ser aplicada a inelegibilidade prevista. O julgamento das contas apresentadas anualmente pelo chefe do Executivo, referentes à execução orçamentária, é de competência do

INTEGRALMENTE CUMPRIDA. PRAZO DE OITO ANOS. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO. AIME. EFEITO SUSPENSIVO. LIMINAR. CONCESSÃO. REGISTRO. DEFERIMENTO. SOB CONDIÇÃO.

[...]. Nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, inserido pela Lei nº 12.034/2009, a concessão da liminar, ainda que posterior ao pedido de registro, é capaz de afastar a inelegibilidade decorrente da rejeição de contas no exercício de cargos públicos". (TSE, AgR-RO nº 462727/CE, rel. Min. Marcelo Ribeiro, ac. de 8.2.2011)

Poder legislativo. Depreende-se que, quando o agente político atuar como executor do orçamento, matriz predominantemente política, não há possibilidade de enquadramento na inelegibilidade mencionada, pois inexistente a tipificação de ordenador de despesa. A função de execução do orçamento diz respeito ao cumprimento do preceituado nas leis orçamentárias – plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual – sem qualquer vinculação com a liberação direta de dispêndio de entes estatais. Neste caso a função do Tribunal de Contas é de órgão técnico, auxiliar do Poder Legislativo, sem exercer nenhum tipo de vinculação ao órgão representante da soberania popular. Configura-se como uma responsabilidade de natureza eminentemente política.

A análise concernente às questões atinentes à execução de orçamento público, desenvolvidas anualmente, é de competência exclusiva do Poder Legislativo, uma vez que é o próprio Poder Legislativo que aprova a legislação orçamentária elaborada pelo Poder Executivo. Dessa forma, nada mais justo do que os próprios representantes do povo fiscalizarem a execução e a fiscalização dos recursos públicos. Interessante advertir que a *Lex Mater* erigiu como crime de responsabilidade os atos do presidente da República que atentem contra a lei orçamentária (CF, art. 85, VI). A prestação de contas relaciona-se com o controle externo da administração, arrimado nos arts. 31 e 70 a 75 da Constituição. Compete ao Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas, a fiscalização do Executivo em todas as esferas federativas.

Neste caso, ele exerce função meramente técnico-auxiliar, isto é, o parecer prévio que emite a Corte de Contas não vincula os membros do Poder Legislativo. Assim, as contas são prestadas ao Poder Legislativo, sendo remetidas ao Tribunal de Contas apenas para emissão de parecer, sem que sua decisão possa vincular o pronunciamento legislativo.

Já os atos de ordenadores de despesas que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade que resulte em prejuízo ao erário são de competência originária do Tribunal de Contas. Nesse sentido, a responsabilidade é técnico-jurídica pela ordenação específica de despesas, pela gestão de recursos públicos. Assim, as contas devem ser prestadas diretamente ao Tribunal de Contas (art. 70, da CF). Portanto, o Tribunal de Contas, diferentemente do caso anterior, profere um verdadeiro julgamento, e não apenas emite parecer prévio.

Não se exige na hipótese ora analisada, para configuração da tipificação, que o gestor público, exercendo atividade de ordenador de despesa, tenha sido condenado por improbidade administrativa. A exigência é que o ato importe em um acinte à probidade que deve nortear a administração pública. A competência para a configuração do ato de improbidade é de qualquer uma das esferas competentes do Poder Judiciário. É obrigada a prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos de propriedade de entes públicos (art. 70, parágrafo único, da Constituição).

Mesmo se as contas forem aprovadas pelo órgão competente do Poder Legislativo, a imputação de débito ou multa por parte do Tribunal de Contas ostenta eficácia de título executivo (art. 71, § 3º da CF). Ou seja, ainda que o Poder Legislativo aprove as contas, pode ser impetrada ação de improbidade administrativa com a devida condenação do gestor público.

A decisão do Tribunal de Contas, no caso dos ordenadores de despesa, prevalecerá desde que o seu parecer não seja rejeitado pela Câmara de Vereadores respectiva. Se o Legislativo municipal, com o quórum de dois terços dos votos, aprovar as contas, haverá o afastamento da decisão proferida pelo Tribunal e, conseqüentemente, não haverá a incidência da inelegibilidade.

Contudo, prevalece a decisão do Tribunal de Contas se o Poder Legislativo não apreciar as contas dentro do prazo legal previsto na Lei Orgânica, em virtude de que não existe a aprovação por decurso de prazo. Ou seja, se não houver a apreciação por parte do Legislativo, dentro do prazo mencionado legalmente, prevalece a decisão emitida por parte do Tribunal de Contas.

O Poder Legislativo, com o quórum de dois terços de votos, apenas pode afastar a decisão do Tribunal de Contas com relação às contas prestadas pelo prefeito municipal, devido à imposição do art. 31, § 2º da Constituição. A rejeição de contas de qualquer outro gestor público, como secretários ou diretores de órgãos públicos, não pode ser afastada, a não ser por intermédio de decisão judicial. No entanto, tratando-se de convênio, mesmo tratando-se de ato de prefeito, não compete ao Legislativo afastar a decisão do Tribunal de Contas.

O pronunciamento do Legislativo uma vez realizado, sem qualquer tipo de mácula, consubstancia-se como um ato jurídico perfeito, não podendo ser desconstituído por outra decisão. Todavia, se houver a comprovação factual de que a decisão legislativa, por exemplo, foi obtida sem o quórum necessário ou se houve fraude na votação, o primeiro pronunciamento deve ser anulado, devendo outro ser proferido. A anulação da primeira decisão do Poder Legislativo pode ser realizada por um pronunciamento do próprio órgão, atestando a nulidade, ou por um pronunciamento judicial.

A mera propositura de ação anulatória, sem a obtenção de provimento liminar ou tutela antecipatória, não suspende a inelegibilidade, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário pacífico.

Diante da rejeição de contas e seu afastamento por decisão legislativa com o quórum de dois terços de votos, não cabe à Justiça Eleitoral a reapreciação dessa decisão porque tal incumbência, em razão de dispositivos constitucionais (art. 31, § 2º e art. 71 da CF), foi expressamente outorgada ao Poder legislativo.

Em sentido oposto, se houver a rejeição de contas, sem o seu afastamento por parte do Legislativo, cabe à Justiça Eleitoral verificar se houve irregularidade insanável ou ato doloso de improbidade administrativa. Mesmo havendo a rejeição, cabe à Justiça Eleitoral verificar se esses dois requisitos foram concretizados, pois ausente qualquer um deles, não haverá a tipificação devida.

8 Da imputação de inelegibilidade

Uma das mais importantes alterações realizadas pela Lei Complementar nº 135/2010, denominada Lei da Ficha Limpa, foi aumentar o prazo da inelegibilidade por rejeição de contas de 5 (cinco) anos para 8 (oito) anos, uniformizando-se os prazos estabelecidos para as demais hipóteses de inelegibilidade previstas na legislação complementar.

Essa uniformização geral do prazo para as hipóteses de inelegibilidade previstas na legislação complementar tem a finalidade de tornar essa sanção mais dura ao aumentar o elastério temporal de impedimento da cidadania passiva do cidadão, buscando inibir os ilícitos eleitorais que possam macular o processo eleitoral e tutelando a probidade

administrativa e a moralidade durante o exercício do mandato de modo mais eficaz. Essa modificação foi vista com bons olhos por Djalma Pinto, uma vez que a inelegibilidade fixada em apenas cinco anos era bastante inócua e não apresentava graves entraves ao exercício da cidadania passiva (PINTO, 2011, p. 470).

O prazo de oito anos é contado da decisão irrecorrível do Tribunal de Contas, que asseverou a existência de irregularidade insanável, que configurou ato doloso de improbidade administrativa. Portanto, o início do lapso da inelegibilidade em comento emerge da decisão administrativa irrecorrível que rejeitou as contas, e não da primeira decisão administrativa, perdurando até as eleições que se realizarem nos oito anos seguintes.

Como o prazo da inelegibilidade é de direito material, a sua contagem comporta o dia do início, independentemente da hora do fato *a quo* determinante, isto é, da decisão administrativa irrecorrível, desprezando-se o dia do fim. Os dias contam-se corridos, pelo calendário civil, sem se atentar para as horas. O início da contagem se dá no dia exato em que for pública a decisão administrativa irrecorrível (CÂNDIDO, 1999, p. 54).

Como garantia ao princípio da segurança jurídica, parte-se da premissa de que o prazo de oito anos estabelecido pela Lei Complementar nº 135/2010 apenas pode ser imputado por fatos ocorridos após a sua vigência, em decorrência de se tratar de uma sanção que não pode retroagir. Nesse mesmo sentido, não pode haver o aumento da suspensão passiva dos direitos políticos quando há coisa transitada em julgado ou quando o mandatário já tiver cumprido o período anterior de cinco anos.

Referências

CÂNDIDO, Joel José. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. São Paulo: Edipro, 1999.

ALVIM, J. E. Carreira. *Modificações no CPC*. Seminário promovido pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 1995.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do direito eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2008.

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*, n. 108, Brasília: TCU, 2007. p. 7.

CITADINI, Antonio Roque. *A inelegibilidade por rejeição de contas*. Disponível em: <http://gepam.adm.br/noticias/files/4087_Ineleg_rejeicao_de_contas.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2006.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: processo de execução a procedimentos especiais*. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Ed., 1984.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. _____. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 2.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil: arts. 769-889*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. 12.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Coleção Os Pensadores.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos, condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal: noções gerais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1994.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2004. v. 2.

A INSERÇÃO POLÍTICA DA MULHER NO BRASIL: UMA RETROSPECTIVA HISTÓRICA

Joelson Dias¹ e Vivian Grassi Sampaio²

Resumo

Analisa, sob a perspectiva histórica, a posição e a atuação política da mulher na sociedade brasileira. Defende que, na história brasileira, a invisibilidade da mulher comprometeu a plena realização dos direitos políticos, que somente foram franqueados à mulher brasileira na década de 30 do século XX, ao término da Velha República. Discorre sobre a posição da mulher nos períodos históricos: Brasil colonial (1500-1822), Império (1822-1889) e República Velha (1889-1930), bem como sobre os direitos da mulher no Código Eleitoral de 1932, nas Constituições de 1934 e 1937, no Código Penal de 1940, nas Constituições de 1946, 1967 e 1969 e, por fim, trata da Constituição de 1988 e os impactos sobre a posição da mulher na sociedade brasileira. Conclui, apresentando as perspectivas da inserção da mulher na sociedade e na política brasileiras.

Palavras-chave: Mulher. Participação política. Sociedade. História. Brasil.

Abstract

This article examines, in a historical perspective, position and political role of women in Brazilian society. It argues that, in Brazilian history, the invisibility of women committed to achieving full political rights, which the franchisees were only Brazilian woman in the 30s of the twentieth century, at the end of the Old Republic. Discusses the position of women in historical periods: Colonial Brazil (1500-1822), Empire (1822-1889) and Old Republic (1889-1930), as well as on women's rights in the Electoral Code of 1932, the Constitutions of 1934 and 1937, the Criminal Code of 1940, the Constitutions of 1946, 1967 and 1969 and, finally, deals with the 1988 Constitution and the impacts on the position of

¹ Joelson Dias é advogado, sócio do escritório Barbosa e Dias Advogados Associados, Brasília-DF. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Integrante da Comissão Nacional de Relações Internacionais do Conselho Federal da OAB. Foi ministro substituto do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Procurador da Fazenda Nacional e servidor concursado do Tribunal Superior Eleitoral e da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

² Pesquisadora de temas relativos a Direitos Humanos e Direito Público, advogada e bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB).

women in Brazilian society. It concludes by presenting the perspectives of the inclusion of women in Brazilian society and politics.

Keywords: Women. Political participation. Society. History. Brazil.

[...] uma sociedade não será democrática na medida em que as oportunidades dos indivíduos estejam condicionadas por sua inserção nesta ou naquela categoria social: sejam quais forem os critérios com base nos quais tais categorias se constituam (raça, classe, etnia, religião, gênero...), a sociedade assim caracterizada será fatalmente hierárquica e autoritária, e as oportunidades diferenciais por categorias expressarão, ao cabo, o desequilíbrio nas relações de poder entre elas e a subordinação de umas às outras.

Fábio Wanderley Reis

1 Introdução

O texto a seguir tem por objetivo analisar, sob a perspectiva histórica, a posição e atuação política da mulher na sociedade brasileira.

Embora os movimentos pela emancipação política da mulher tenham ocorrido em diversos países, registrando conquistas significativas mesmo antes do Brasil, como foi o caso da Nova Zelândia, onde, em 1893, as mulheres conquistaram o direito ao voto, a análise aqui apresentada tem por foco as experiências históricas e políticas da sociedade brasileira.

A discussão foi construída com base em fatos históricos e está posta segundo sua cronologia. Para suportar as conclusões apresentadas, foram trazidos dados estatísticos e séries históricas referentes à participação formal da mulher no espaço público brasileiro.

Muito embora a proposta analítica tenha como cerne uma concepção ampla de participação política, os dados mais abundantes limitam-se à participação formal da mulher em órgãos e posições de elevada hierarquia dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Tais informações são apresentadas com a finalidade de ilustrar as conclusões, contudo não podem ser entendidas como a delimitação do universo da análise ora apresentada.

Com efeito, o maior enfoque dedicado pelo artigo ao direito de votar e ser votado não significa que a atuação política deva ser limitada apenas aos direitos sufragistas. Tal atuação deve ser compreendida em seu sentido mais amplo, abarcando os mais diversos tipos de engajamento do cidadão, não necessariamente apenas em partidos políticos, mas em organizações e movimentos sociais, grupos acadêmicos, comunitários e/ou locais articulados em torno da defesa de interesses comuns. Afinal, os partidos políticos e as instituições públicas, sejam elas do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, não traduzem em si todas as dimensões da democracia e da participação dos cidadãos na vida social e política de um país.

Trata-se de aceitar a atuação política como manifestação do exercício do poder soberano que, na democracia, tem o povo como titular, e de compreender que o aumento da mobilização popular significa o incremento da própria cidadania.

A esse respeito, explica Carvalho (2011, p. 75):

[...] uma interpretação mais correta da vida política de países como o Brasil exige levar em conta outras modalidades de participação, menos formalizadas, externas aos mecanismos legais de representação. É preciso também verificar em que medida, mesmo na ausência de um povo político organizado, existiria um sentimento, ainda que difuso, de identidade nacional. Esse sentimento, como já foi observado, acompanha quase sempre a expansão da cidadania, embora não se confunda com ela. Ela é uma espécie de complemento, às vezes mesmo uma compensação, da cidadania vista como exercício de direitos.

A conclusão a que se propõe a presente análise é que, na história brasileira, além da escravidão, também a invisibilidade da mulher deve ser elencada como um dos fatores que comprometeram antes, e ainda hoje dificulta a plena realização dos direitos políticos, a universalização da cidadania.

2 A posição da mulher no Brasil colonial (1500-1822)

A estruturação do Brasil como colônia portuguesa implicou a reprodução, na nascente sociedade, dos modelos sociopolíticos existentes

na metrópole fortemente determinados pelas crenças e pelos valores difundidos pela religião dominante então professada.

O primeiro momento da colonização do Brasil foi marcado por uma relativa falta de interesse dos portugueses nas terras recém-descobertas. Os poucos indivíduos metropolitanos que se estabeleceram no Brasil mantiveram relações amistosas e cooperativas com os nativos que aqui viviam, em especial, por dependerem de seus conhecimentos acerca das melhores formas de obtenção de alimentos e das trilhas para deslocamento no interior do território. No período de 1500 a 1535, o principal produto extraído do Brasil era o pau-brasil, obtido, principalmente, por meio de relações de escambo com os índios (FAUSTO, 2009; DEL PRIORI; VENANCIO, 2010).

Durante esses pouco mais de 30 anos de convivência, não houve, por parte do colonizador, a preocupação de modificar ou interferir nas estruturas sociais já existentes nas diferentes comunidades indígenas que habitavam o Brasil. Nesse período, as relações sociais que aqui se estabeleceram se assemelhavam em muito às já adotadas no âmbito das comunidades indígenas. De fato, é importante salientar que, nas sociedades indígenas, tanto os homens quanto as mulheres tinham papéis bastante definidos no tocante à família e à comunidade, contudo instituições como o casamento e a monogamia, basilares para as sociedades europeias, não encontravam grande expressividade nessas comunidades (ALVES, 1994). Isso agravou o choque de civilizações que teve lugar quando, a partir de 1535, os portugueses decidiram colonizar efetivamente o Brasil para afastar da colônia a ameaça de invasão dos franceses.

Reivindicando uma postura de superioridade civilizacional, os colonizadores oprimiram e subjugarão os nativos sob pretexto de levar a esses povos indígenas o parâmetro de civilização europeu. Os portugueses ignoravam os costumes indígenas e os interpretaram como práticas contrárias à religião que então professavam. O professor Boris Fausto (2009, p. 60), em sua obra intitulada *História do Brasil*, explica que:

Como tinha em suas mãos a educação das pessoas, o “controle das almas” na vida diária era um instrumento muito eficaz para veicular a idéia geral de obediência e, em especial, a de obediência ao poder do Estado. Mas o papel da Igreja não se limitava a isso. Ela estava presente na vida e na morte das

peçoas, nos episódios decisivos do nascimento, casamento e morte. O ingresso na comunidade, o enquadramento nos padrões de uma vida decente, a partida sem pecado deste “vale de lágrimas” dependiam de atos monopolizados pela Igreja: o batismo, a crisma, o casamento religioso, a confissão e a extrema-unção na hora da morte, o enterro em um cemitério designado pela significativa expressão “campo santo”.

As sociedades europeias, no que se refere ao papel social da mulher, perpetuaram o modelo já observado na Roma antiga, com o confinamento da mulher às atividades do lar e da família, que se aprofundou no período da Inquisição e dos Tribunais do Santo Ofício (VEYNE, 1987, p. 19-20, 36-39, 169 e 247). Em Portugal e, por conseguinte, no Brasil, esse processo foi especialmente emblemático por razões que a professora Del Priore (2010, p. 80-84) elucida:

Nos séculos XVI e XVII, os jesuítas, o Tribunal do Santo Ofício e a Coroa uniram-se contra qualquer iniciativa científica ou cultural, considerando-as todas pura heresia. Tal reação levou as universidades e os colégios a uma dura fase de estagnação na qual os alunos eram instruídos exclusivamente com os livros dos velhos mestres, como Aristóteles ou Galeno. O ensino oficial da medicina mostrava-se impermeável a todo o progresso que se verificava fora de Portugal, continuando a oferecer, para a desgraça de seus doentes, um exemplo extremo de dogmatismo. [...]

O desconhecimento anatômico, a ignorância fisiológica e as fantasias sobre o corpo feminino acabavam abrindo espaço para que a ciência médica construísse um saber masculino e um discurso de desconfiança em relação à mulher. A misoginia do período a empurrava para um território onde o controle era exercido pelo médico, pai ou marido.

Nesse contexto de estagnação da medicina e ante a carência de médicos no Brasil, as mulheres adquiriram conhecimentos empíricos que as auxiliaram na resolução de seus próprios problemas de saúde e, daí, a proliferação de benzedeadas, parteiras e curandeiras na colônia. Porém, pairava sobre essas mulheres o temor de serem acusadas, perante o Tribunal do Santo Ofício, de feitiçaria, bruxaria ou de sofrerem perseguições por serem tidas como “mulheres da rua” – na vigente dicotomia entre mulheres do lar e mulheres da rua, em que as primeiras eram as de boa índole, boas mães e esposas, bem aceitas pela sociedade, e as últimas

eram prostitutas, mulheres que expunham inadequadamente seus corpos e se portavam de maneira não aceita pela sociedade. Os crimes das vítimas da Inquisição eram “quase sempre de natureza religiosa ou moral e esbarra[va]m na fé ou na sexualidade.” Em Portugal, por exemplo, a maior parte das feiticeiras foi degredada e algumas chegaram mesmo a queimar na fogueira (PIERONI, p. 18 e 168).

Assim, segundo Alves (1994), a mulher “entrincheirou-se no próprio lar ao qual, em decorrência da nova ordem, estava de certa maneira presa.”

A posição social da mulher no Brasil colonial determinava a sua posição política. Significa dizer que, mesmo não havendo proibição expressa da participação da mulher na vida política da colônia, esta simplesmente não acontecia em razão das regras de conduta assimiladas pela sociedade da época. Ressalta-se que esse padrão social se manteve também durante todo o Império, já que, como será visto adiante, os direitos políticos somente foram franqueados às mulheres brasileiras na década de 30 do século XX, ao término da Velha República.

Na verdade, esse cenário não era muito diferente do que ocorria à época na própria Europa, por exemplo, onde a mulher também era completamente excluída do cenário político.

3 O Império (1822-1889) e a Constituição de 1824

A Constituição de 1824, primeira Constituição do Império, ao tratar do processo eleitoral, em seus artigos 90 a 97, concedeu o direito de voto aos cidadãos brasileiros no gozo de seus direitos políticos e aos estrangeiros naturalizados (art. 91). As eleições se processavam em dois graus, até 1881, com a edição da Lei Saraiva, e o voto era censitário, ou seja, o direito de votar e de ser votado era assegurado apenas aos indivíduos que possuíssem uma determinada quantia de riqueza ou dinheiro. Significava dizer que, além de outras restrições, os artigos 92 e 94 excluíram do universo de eleitores, no primeiro e no segundo graus, aqueles que tinham renda anual líquida inferior a cem mil réis e a duzentos mil réis, respectivamente.

Merece destaque, porém, o fato de que o texto constitucional nada menciona a respeito da exclusão das mulheres do universo de

eleitores. Essa exclusão se dava na forma de um senso comum, segundo o qual as mulheres, por sua posição de necessária subordinação aos homens, fossem eles seus pais ou esposos, estavam excluídas da compreensão do termo “cidadãos brasileiros” para fins eleitorais, já que pertenciam a esse universo para fins dos direitos de Estado listados nos artigos 6º e 7º da Carta Magna.

Vê-se, portanto, que a posição da mulher na sociedade imperial brasileira representa a continuidade, com poucos retoques, da exclusão do espaço público já determinada na colônia. A mulher era vista como um ser dominado por seus impulsos naturais, predominantemente sexuais, e, por essa razão, incapaz de desempenhar funções públicas, como o exercício de direitos políticos de votar e ser votada, que exigiam habilidades racionais. Nesse sentido, esclarecem Eurico A. Gonzalez Cursino dos Santos, Paulo Henrique Brandão, Marcos Magalhães de Aguiar, em artigo intitulado *Um toque feminino: recepção e formas de tratamento das proposições sobre questões femininas no Parlamento brasileiro, 1826-2004*:

Dessa forma, a mulher era vista como continente desconhecido, de comportamento instável e geralmente associado à inconstância dos humores da madre (como era conhecido o órgão sexual feminino). Como, nas mulheres, as faculdades da razão estavam submetidas ao império da sexualidade, não poderiam aspirar a desempenhar atividades que exigissem autocontrole. Por isso, as práticas misóginas hegemônicas restringiam as atividades políticas aos homens, a quem cabia também, na condição de cabeça do casal, a gestão do patrimônio familiar.

Embora a Constituição não assegurasse às mulheres os direitos de participação política, no período imperial aconteceram os primeiros movimentos de ampliação do acesso à educação para meninas, que ainda era voltada ao seu preparo apenas para as atividades domésticas. Esse tema, contudo, não passou sem gerar polêmicas. Porto (2002, p. 232) cita passagem da discussão no Senado, em 1827, de projeto de lei sobre as escolas de primeiras letras, em que o marquês de Caravelas sugeriu emenda para impedir as professoras de ensinar às meninas noções de geometria, condenando a mania de as mulheres se aplicarem a temas para os quais a natureza não as formara, desviando-se dos fins para

que foram criadas. Nos anais da sessão de 29/8/1827, consta o seguinte pronunciamento do Marquês de Caravelas:

Manda-se no art. 6º que os mestres ensinem as quatro operações aritméticas, prática de quebrados, decimais e proporções, e as noções mais gerais da geometria prática. Nas escolas de meninas não se pode ensinar isto. O estudo da aritmética deve reduzir-se às quatro operações, e suprimir-se o que respeita às noções de geometria prática. [...]

Muito desejaria eu que pudéssemos dar às meninas uma instrução geral semelhante à que se determina para os meninos, mas não o podemos conseguir [...] (BRASIL. Senado Federal, 1827, p. 264).

É do período do Império, porém, que data um dos mais remotos registros de participação política feminina organizada. Trata-se de uma representação dirigida ao Senado, em 1832, e firmada por 160 mulheres, que requeriam anistia aos seus maridos e irmãos detidos por ocasião de uma insurreição realizada na cidade de Ouro Preto, Minas Gerais. Chama atenção, também, o Requerimento de Maria Balbina, solicitando anulação de casamento, datado de 18/7/1828 (BRASIL. Senado Federal, 2004).

A título de curiosidade, salienta-se que a Constituição de 1824, em seu artigo 117, facultava à mulher a possibilidade de assumir a regência do Império, ainda que em condição de desigualdade em relação ao homem, no caso de pertencerem ambos ao mesmo grau sucessório.

Art. 117. Sua Descendencia legitima succederá no Throno, Segundo a ordem regular de primogenitura, e representação, preferindo sempre a linha anterior às posteriores; na mesma linha, o gráo mais proximo ao mais remoto; no mesmo gráo, o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo, a pessoa mais velha à mais moça.

Contudo, essa sucessão não aconteceu porque uma conjunção de diversos fatores políticos e sociais tornou insustentável a continuidade do Império. A abolição da escravatura, que desagradou os latifundiários do Vale do Paraíba, cujas riquezas, devido à decadência da produção açucareira, quase que se limitavam aos escravos que possuíam, colocou-os contrários ao Império. Some-se a isso a ascensão de uma classe burguesa emergente do processo de urbanização, formada por profissionais liberais, panfletária de ideias republicanas que, em 1873, acabaria com

o bipartidarismo brasileiro mediante a fundação do Partido Republicano Paulista (PRP). Ademais, as ideias positivistas adquiriram muitos adeptos entre os militares brasileiros, que, desde a Guerra do Paraguai (1864-1870), vinham perdendo prestígio no Império e se uniram aos ideais republicanos, tornando-se o fator determinante para a Proclamação da República naquele 15 de novembro de 1889.

4 Da proclamação da República à atualidade

4.1 A Constituição de 1891

Logo após a instituição do regime republicano, teve início o Governo Provisório liderado pelo marechal Deodoro da Fonseca. Em face das intermináveis disputas entre liberais e conservadores, que marcaram o Segundo Reinado, os liberais se apressaram em convocar uma Assembleia Constituinte para a elaboração da nova Carta Magna. Foi constituída uma comissão de cinco membros encarregada de elaborar o projeto da Constituição que seria analisado e discutido pela Comissão dos 21, composta por um representante de cada estado e um do Distrito Federal. Somente após a aprovação pela Comissão dos 21 o projeto seria submetido à análise da Assembleia Constituinte.

4.2 O voto feminino e a Constituição de 1891

Embora o projeto de Constituição não contemplasse o voto feminino, a questão foi largamente debatida na Comissão dos 21. É importante observar que, mesmo os apoiadores do voto feminino, nunca defenderam a posição de que tal direito fosse concedido às mulheres em caráter universal.

Porto (2002, p. 159), em sua obra intitulada *O voto no Brasil: da colônia à 6ª República*, ilustra os debates ocorridos à época, transcrevendo trechos que demonstram com clareza as divergentes posições defendidas. De um lado, Lopes Trovão, Leopoldo de Bulhões e Casimiro Júnior defendiam que o sufrágio deveria ser concedido “[...] às mulheres diplomadas, com títulos científicos e de professora, desde que não estivessem sob o poder marital nem paterno, bem como às que estivessem na posse de seus bens.”

Houve ainda outras emendas que desejavam facultar o voto às mulheres solteiras, viúvas, diplomadas, dirigentes de estabelecimentos comerciais, mas nenhuma delas foi aprovada. De outro lado, havia os que se posicionavam contrários ao sufrágio feminino, alegando que a emancipação política da mulher provocaria a destruição da família, que a mulher não se equiparava aos homens, pois não prestava serviço militar, ou ainda que a concessão do direito ao voto para as mulheres macularia o caráter e a moral daquelas a quem cabia a educação dos filhos (PORTO, 2002, p. 159 e 232-243).

Fato é que, em face da polêmica gerada e da urgência em se legalizar a República nascente, o projeto da Constituição prosseguiu sem qualquer menção à autorização ou proibição do sufrágio feminino. Assim ficou o texto do artigo 70:

Art. 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei.

§ 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados:

1º) os mendigos;

2º) os analfabetos;

3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;

4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual.

§ 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis.

4.3 A posição da mulher na República Velha (1889-1930)

Uma vez que a primeira Constituição da República não excluiu expressamente as mulheres do rol de eleitores, abriu-se margem à interpretação do texto constitucional, especialmente em face das disposições do artigo 69, que dispõe acerca dos atributos dos cidadãos brasileiros. Este dispositivo incluía necessariamente as mulheres, uma vez que o casamento de um homem estrangeiro com uma mulher brasileira

teria o condão de conceder ao cônjuge a nacionalidade brasileira, nos termos do que determina o inciso V do referido artigo.

Nessa linha, Clóvis Bevilacqua estabeleceu sua posição, atendo-se estritamente ao texto da Carta Magna. Afirmava o ilustre jurista que, se o constituinte julgou necessário explicitar um rol de excluídos do direito ao voto no artigo 70 e nesse rol não constavam as mulheres, a única interpretação possível era a de que o sufrágio feminino encontrava respaldo constitucional (PORTO, 2002, p. 234-235).

Na prática, porém, o que se verificou foi que as mulheres continuaram privadas dos direitos políticos assegurados aos homens. Prova disso foi o Projeto 102/1919, do senador Justo Chermont, que propunha a extensão das disposições da Lei nº 3.208, de 27 de dezembro de 1916 (direito de voto), às mulheres maiores de 21 anos. O projeto chegou a ser discutido e aprovado pela Comissão de Constituição do Senado Federal em 1921, mas não logrou ser convertido em lei (PORTO, 2002, p. 235; BRASIL. Senado Federal, 1925). O parecer da Comissão de Constituição, entretanto, consolidou o entendimento do Senado de que o sufrágio feminino era uma matéria passível de regulação mediante lei ordinária.

Em 1925, ao discutir emenda do senador Moniz Sodré ao Projeto nº 19 daquele ano, que visava reconhecer às mulheres todos os direitos políticos de que gozavam os cidadãos brasileiros, assim se manifestou a Comissão de Justiça e Legislação do Senado:

Apesar de termos sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da medida; apesar de entendermos que é cedo, muito cedo, para conceder à mulher brasileira um direito tão amplo que, em sua grande maioria, ainda não o reclama; não nos sentimos animados a tratar, neste momento, do grave e relevante problema, sob os seus múltiplos aspectos constitucional, jurídico e social (BRASIL. Senado Federal, 1925).

O referido parecer concluiu pela rejeição da emenda proposta, sob pretexto de aguardar a deliberação sobre o Projeto 102/1919, ainda em trâmite àquele tempo.

O fato, porém, de não poderem exercer seus direitos políticos não impediu que as mulheres se articularassem em torno do interesse comum de obter não somente o direito ao voto, mas o direito de atuação e representação no espaço público.

Nesse contexto, já em 1910, a educadora baiana Leolinda de Figueiredo Daltro fundou a Junta Feminina Pró-Hermes da Fonseca, a fim de colaborar com a campanha eleitoral do candidato. Mesmo após a vitória do marechal Hermes, Leolinda Daltro prosseguiu com sua campanha pela participação da mulher na vida política do país, unindo-se a outras mulheres para fundar o Partido Republicano Feminino (DANIEL; PEREIRA, 2011).

A década de 1920 foi marcada pela emergência de conceitos revolucionários e vanguardistas nos âmbitos social, artístico e, como não poderia deixar de ser, político, bem como por profundas alterações econômicas em decorrência da Primeira Grande Guerra.

Os movimentos tenentistas, por exemplo, do início daquela década, romperiam com a relativa estabilidade até então alcançada pela Primeira República ou República Velha, graças à Política dos Governadores, a partir da posse de Campos Sales, em 1898, cuja “aliança das oligarquias dos grandes estados, sobretudo de São Paulo e Minas Gerais, permitiu que mantivessem o controle da política nacional até 1930” (CARVALHO, 2011, p. 41).

Foi um período turbulento, encerrado com a crise da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, que desencadeou uma grande recessão global. No Brasil e em diversos outros países, proliferaram as juntas e ligas em prol dos direitos da mulher.

O professor e historiador Fausto (2009, p. 305) descreve o período, no Brasil, da seguinte forma:

Vamos agora acompanhar o processo político nos anos 20. Ele foi condicionado pelas mudanças na estrutura socioeconômica do país, mas não pode ser reduzido a elas. Após a Primeira Guerra Mundial, a presença da classe média urbana na cena política tornou-se mais visível. De um modo geral, esse setor da sociedade tendia a apoiar figuras e movimentos que levantassem a bandeira de um liberalismo autêntico. Ou seja, a defesa de um governo capaz de levar à prática as normas da Constituição e das leis do país, transformando a República oligárquica em República liberal. Isso significava, entre outras coisas, eleições limpas e respeito aos direitos individuais. Falava-se de reforma social, mas a maior esperança era depositada na educação do povo, no voto secreto, na criação de uma justiça eleitoral.

Nesse contexto, a Semana de Arte Moderna de 1922 é emblemática para ilustrar as conjunturas por que passava o país. A Semana consistiu numa série de eventos artísticos cuja proposta era o rompimento com os parâmetros vigentes e a busca por uma nova identidade nacionalista. Para muitos, a Semana de Arte Moderna marcou, pelo menos nas artes, a transição para o Modernismo. A professora e pesquisadora Avelar (2001, p. 18-19) elucida os impactos da Semana de Arte Moderna de 1922 sobre a sociedade brasileira:

No início da década de 1920, líderes do nascente movimento das sufragettes mantinham ligações com as líderes do movimento internacional. Em 1922, no promissor centro industrial de São Paulo, a Semana de Arte Moderna marcaria um clima de mudança cultural mais favorável às pretensões das mulheres. [...] No geral, os movimentos urbanos dos anos 1920 e 1930 deixavam claro que as conquistas femininas não implicariam alterar a estrutura da sociedade e da família.

Foi também em 1922 que Bertha Lutz, uma das principais líderes feministas no Brasil, fundou a Federação Brasileira para o Progresso Feminino, que passaria a atuar de forma decisiva em prol do livre exercício dos direitos políticos pela mulher, da igualdade de gênero na família, nos espaços públicos, no acesso à educação. Exemplo do engajamento político da Federação foi a apresentação, em 12 de dezembro de 1927, ao Senado Federal, do Requerimento nº 47, que contava com duas mil assinaturas e pleiteava a aprovação do projeto que instituía os direitos políticos à mulher e o direito do voto feminino (BRASIL. Senado Federal, 2004).

Ainda em 1927, o candidato ao governo do Rio Grande do Norte, Juvenal Lamartine, quando da elaboração da lei eleitoral do estado, solicitou ao governador a inclusão de emenda que concederia a homens e mulheres, de forma indistinta, o direito de voto. Assim, o Rio Grande do Norte se antecipava à União no que se refere ao sufrágio feminino.

Com base na lei estadual, a primeira eleitora registrada foi a professora Celina Guimarães Viana. Assim como ela, outras mulheres o fizeram, sendo, até 1928, 20 eleitoras registradas. Já naquele momento, os juízes encarregados de analisar os processos de inscrição eleitoral entenderam que seria uma antinomia excluir as mulheres da interpretação do termo "cidadãos", empregado no artigo 70 da Constituição de 1891, pois significaria assumir que, não sendo cidadãs brasileiras, seriam estrangeiras. Tal entendimento não se sustentava, já que as mulheres,

àquele tempo, já tinham outros direitos políticos de grande relevância, como o acesso a funções públicas (PORTO, 2002, p. 236-237).

Na eleição de 15 de abril de 1928, em que José Augusto Bezerra foi eleito para ocupar a vaga de Juvenal Lamartine, que havia renunciado, 15 eleitoras potiguares votaram. Contudo, a Comissão de Poderes do Senado considerou esses votos inapuráveis, alegando que o sufrágio feminino não poderia derivar unicamente do texto constitucional que, não o tendo vedado, tampouco o outorgou. Para tanto, far-se-ia necessária uma lei ou decreto do Poder Judiciário que regulasse essa nova interpretação constitucional (PORTO, 2002, p. 237-238).

Embora não tenham obtido o direito de voto durante a República Velha, as mulheres tiveram sua situação social bastante modificada em relação ao que se observou nos períodos da colônia e do Império, em especial no que concerne às relações privadas (família, contratos, sucessões, por exemplo), com a entrada em vigor do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916).

Com efeito, nas discussões acerca do Código Civil de 2002, o diploma anterior recebeu duras críticas, especialmente sobre os dispositivos que, para os parâmetros atuais, colocavam a mulher em situação de inferioridade em relação ao homem, tais como a incapacidade relativa atribuída às mulheres casadas, na constância da sociedade conjugal (art.6º, inc. II), o direito de o homem autorizar a profissão da esposa como condição para que esta pudesse exercê-la (art. 233, inc. IV), a definição do homem como chefe da sociedade conjugal (art.233), entre outros.

Entretanto, a análise do Código Civil de 1916 à luz do contexto social da época em que foi elaborado mostra que esse diploma consolidou direitos importantes da mulher que impactaram sua posição social. Merecem destaque: a equiparação do homem e da mulher no que concerne à outorga uxória (art. 235), a concessão de alimentos provisórios à mulher após a separação (art. 224), a possibilidade de a mulher, em juízo, suprir a autorização marital (art. 245) e a inovação trazida com a obrigação de o marido prestar pensão alimentícia à mulher inocente³ e pobre após o desquite judicial (art. 320) (BRASIL, 1916).

³ Segundo a legislação vigente à época, considerava-se "inocente" o cônjuge que não houvesse dado causa à dissolução da sociedade conjugal ("ação de desquite"), que, nos termos do artigo 317 do Código Civil de 1916, somente poderia se fundar em adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave ou, ainda, em abandono voluntário do lar

Cabe salientar que houve boa recepção do Código Civil de 1916 pelas mulheres, o que fica evidenciado pelo teor do Manifesto da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino enviado ao Senado em 1927:

O nosso código civil, afastando-se de outros menos liberais, deu à mulher brasileira uma situação privilegiada, considerando a esposa como companheira do marido e não como inferior, não lhe exigindo, na sociedade conjugal, obediência, mas sim colaboração. Sendo a mãe a tutora natural dos filhos, dotada do pátrio poder, elevou-se legalmente ao nível do homem, cujas responsabilidades políticas está habilitada a compartilhar.⁴

Até 1930, o movimento pelo voto feminino, “valente, mas limitado”, como vimos, foi a única expressão popular exigindo maior participação eleitoral, “apesar de todas as leis que restringiam o direito do voto e de todas as práticas que deturpavam o voto dado” (CARVALHO, 2011, p. 42).

A despeito das mudanças observadas na década de 1920, “o voto feminino acabou sendo introduzido após a revolução de 1930, embora não constasse do programa dos revolucionários” (CARVALHO, 2011, p. 42).

Com efeito, somente ao final da quarta década da República, em 1932, após o surgimento de diversos movimentos organizados de mulheres em prol de causas relativas à emancipação feminina, foi expressamente franqueado o direito de voto às mulheres com a entrada em vigor do Código Eleitoral, aprovado pelo Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro daquele ano.

4.4 Os direitos da mulher na Era Vargas (1930-1945 e 1951-1954)

A ascensão de Getúlio Vargas interrompeu a articulação de oligarquias agropecuárias paulistas e mineiras que, durante a maior parte da República Velha, se alternaram no poder em razão da

conjugal, durante dois anos contínuos.

⁴ Representação nº 47/1927 da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, enviada à Mesa do Senado Federal, pedindo que fosse aprovado o projeto que institui o voto feminino e os direitos políticos da mulher, Caixa 502, Maço 1, Pasta 5, Arquivo do Senado Federal. In. SENADO FEDERAL. Proposições legislativas sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro, 1826-2004. Brasília: Senado Federal, Comissão Temporária do Ano da Mulher, 2004. p. 38.

conhecida política do café-com-leite. Há que se ressaltar, contudo, que Vargas tinha suas origens ligadas às oligarquias do Rio Grande do Sul e não subia ao poder compromissado com a representação de nenhuma classe social. Os grupos revolucionários eram muito heterogêneos e mesmo as representações da nascente burguesia industrial estavam ainda ligadas às elites agrárias. Daí poder-se concluir que, mesmo pondo fim à República Velha e inaugurando o período do Estado Novo, com mudanças estruturais no Estado, o governo de Vargas não representou a ascensão de novos grupos sociais, mas mais uma “troca da elite do poder sem grandes rupturas” (FAUSTO, 2009, p. 327).

Vargas chegou ao poder num momento em que diversos grupos sociais se articulavam e emergiam na defesa de seus interesses, manifestando descontentamento com o domínio das oligarquias que perdurou por toda a República Velha. Como demonstram os registros históricos, ele foi astuto o bastante para “administrar” as tensões existentes entre esses grupos e transitar entre seus interesses, ora realizando concessões, ora reprimindo-os, e, dessa forma, viabilizou a implantação de um plano de Estado centralizado política e economicamente conhecido como Estado Novo.

Del Priore e Venâncio (2010, p. 248), em sua obra intitulada *Uma breve história do Brasil*, explicam com clareza a postura de Vargas no decorrer dos governos que culminaram com a implantação do Estado Novo:

[...] Vargas articulou em torno de si vários grupos que, desde o início da década de 1920, vinham dando mostra de descontentamento contra o domínio oligárquico. A história política brasileira de 1930 a 1954 passa então a ser marcada por uma série de alianças, rupturas, aproximações e perseguições entre o novo presidente e diversos segmentos da sociedade [...].

Nesse contexto, o movimento feminista, que alcançou maior expressividade na década de 1920, acabou sendo contemplado em alguns de seus pleitos. Em 24 de fevereiro de 1932, o Decreto nº 21.076 aprovou o Código Eleitoral que, em seu artigo 2º, definiu os eleitores como os cidadãos maiores de 21 anos, sem distinção de sexo. Estava, então, legalizado o sufrágio feminino no Brasil. O referido decreto estabeleceu também o voto secreto, porém não obrigatório ainda.

Segundo a professora Avelar (2001, p. 20), essa conquista soaria conservadora, já que, com a ditadura varguista, ficaria diluída a articulação feminina em torno dos demais temas defendidos na década de 1930, quais sejam: os interesses das mulheres trabalhadoras, a alteração da legislação que classificava as mulheres casadas como relativamente incapazes, a política voltada às crianças abandonadas e a emancipação econômica das mulheres.

A) O Código Eleitoral de 1932

Além do reconhecimento formal do direito ao voto feminino, que assume especial relevância para o contexto do tema aqui abordado, o Código Eleitoral de 1932 introduziu consideráveis avanços no Direito Eleitoral brasileiro, merecendo, pois, uma análise mais detalhada.

Os primeiros anos da República mostraram-se bastante instáveis e conturbados politicamente, em contraponto à estabilidade do Segundo Reinado do período imperial. De fato, durante o Império, o poder central intervinha diretamente na dinâmica política, impedindo que um grupo se perpetuasse por muito tempo no poder e com isso forjava um equilíbrio de forças imposto que permitiu um período de estabilidade política.

Com a Proclamação da República, os diferentes grupos de interesse passaram a disputar entre si o poder. As divergências políticas e ideológicas se tornaram mais evidentes e o contexto de crise econômica, desemprego e superprodução cafeeira dos primeiros anos da República permeou o período de grande instabilidade política, marcado pela sucessão de grupos políticos e pela exacerbação de problemas herdados do Império, tais como a insatisfação dos produtores agrícolas com as indenizações fixadas após a abolição da escravidão e as dificuldades de inserção social da grande população de negros libertos.

A instabilidade política do início da República também se fez marcante nos processos eleitorais, marcados por inúmeras fraudes e uso de violência. Numa tentativa de minimizar as fraudes eleitorais, a Lei nº 3.139, de 2 de agosto de 1916, também conhecida como Reforma Bueno de Paiva, atribuiu aos juízes de Direito a competência de decidir sobre a qualificação eleitoral. Muitos autores consideram essa reforma como o ponto de partida para a criação da Justiça Eleitoral.

Analisado nesse contexto, o Código Eleitoral de 1932 emergiu como uma proposta de conferir imparcialidade aos processos eleitorais brasileiros, mediante a criação da Justiça Eleitoral, além de responder a demandas de grupos de interesses emergentes, como foi o caso do sufrágio feminino.

A parte segunda do Decreto 21.076/1932 disciplinou a criação e o funcionamento da Justiça Eleitoral, cujas incumbências abrangiam, dentre outras, a qualificação e a expedição de títulos eleitorais, a inscrição dos alistáveis bem como o cancelamento dessas inscrições e a exclusão de alistáveis.

A criação da Justiça Eleitoral teve tamanha relevância que as primeiras eleições realizadas após o Código Eleitoral de 1932 foram saudadas como as primeiras eleições verdadeiras, em face da confiança da população no desaparecimento dos favorecimentos políticos e das falsificações de votos (PORTO, 2002, p. 258).

No que concerne ao sufrágio feminino, o projeto de elaboração do código propunha a concessão do direito ao voto para as mulheres conforme alguns critérios que definia em seus artigos 8º e 9º:

Art. 8º São admitidas a inscrever-se eleitoras, desde que preencham as demais condições legais:

a) a mulher solteira *sui juris*, que tenha economia própria e viva de seu trabalho honesto, ou do que lhe rendam bens, empregos ou qualquer outra fonte de renda lícita;

b) a viúva em iguais condições;

c) a mulher casada que exerça efetivamente o comércio, ou indústria, por conta própria, ou como chefe, gerente, empregada ou simples operaria de estabelecimento comercial ou industrial, e bem assim a que exerça efetivamente qualquer profissão, com escritório, consultório ou estabelecimento próprio, ou em que se presuma autorizada pelo marido, na forma da lei civil.

Art. 9º Ainda são alistáveis, nas condições do artigo antecedente:

a) a mulher separada por desquite amigável, ou judicial, enquanto durar a separação;

b) aquela que, em consequência de declaração judicial de ausência do marido, estiver à testa dos bens do casal, ou na direção da família;

c) aquela que foi deixada pelo marido durante mais de dois anos, embora esteja em lugar sabido.

Ampliando a proposta do anteprojeto, o texto final do Código Eleitoral excluiu esses limites e tratou o sufrágio feminino em equivalência ao masculino, ao determinar, em seu artigo 2º, que: "Art. 2º É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código."

Não obstante o Código Eleitoral de 1932 tenha representado grande avanço no que se refere ao sufrágio feminino, ele manteve severas restrições quanto à formação do eleitorado brasileiro, ao impedir o alistamento, como eleitores, de mendigos, analfabetos e praças. Embora o voto censitário tenha sido objeto de longas discussões de historiadores e doutrinadores, é sabido que, no Brasil do final do século XIX e começo do século XX, a exclusão dos analfabetos implicava redução mais drástica do eleitorado do que as limitações de renda impostas pelo voto censitário.

B) As Constituições de 1934 e 1937

A Constituição de 1934, no que concerne aos direitos políticos, replicou as diretrizes já contidas no Código Eleitoral de 1932, assegurando tanto o voto da mulher quanto o voto secreto. Em seu artigo 109, porém, determinava o alistamento e o voto obrigatório apenas para os homens e para as mulheres que exercessem funções públicas remuneradas. Desde então, o sufrágio feminino jamais foi suprimido nas Constituições que a sucederam.

O processo de elaboração da Constituição de 1934 teve início com o Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932, que agendou para o dia 3 de maio de 1933 as eleições para a Assembleia Constituinte e criou a comissão encarregada de elaborar o anteprojeto.

O anteprojeto elaborado pela Comissão do Itamaraty, ao espelhar-se na Constituição da República de Weimar, mostrou-se muito inovador em relação à realidade social brasileira. A proposta apresentava forte cunho social e democrático, pautada por linhas revolucionárias, e trazia inovações como a adjudicação de terras produtivas aos posseiros que a

ocupassem por cinco anos, previa amplas garantias sociais e preconizava a socialização de empresas, além de tratar da expropriação de latifúndios, do auxílio aos pobres, entre outros temas (POLETTI, 1987, p. 148).

Muitas dessas propostas foram rejeitadas pela Constituinte, mas, mesmo assim, o texto final trouxe inovações como a constitucionalização de matérias até então tidas como não constitucionais. De fato, a Carta Magna trouxe três títulos inéditos que tratavam da ordem econômica e social, da família, educação e cultura e da segurança nacional (FAUSTO, 2009, p. 351).

A Constituição de 1934, porém, vigorou por pouco tempo, tendo sido substituída pela Constituição de 1937, de caráter mais centralizador, que vigeria durante o Estado Novo (1937-1945). Assim explicou Getúlio Vargas os motivos para romper com a ordem constitucional de 1934, quando do golpe de 1937, por ele mesmo conduzido:

A organização constitucional de 1934, vazada nos moldes clássicos do liberalismo e do sistema representativo, evidenciava falhas lamentáveis, sob esse e outros aspectos. A Constituição estava, evidentemente, ante-datada em relação ao espírito do tempo. Destinava-se a uma realidade que deixara de existir. Conformada em princípios cuja validade não resistira ao abalo da crise mundial, expunha as instituições por ela mesma criada à investida dos seus inimigos, com o agravante de enfraquecer e anemizar o poder político (extraído de MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 158).⁵

A nova Constituição de 1937 manteve o sufrágio feminino, sem especificar se seria ou não obrigatório, matéria que seria regulamentada pelo Decreto-Lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945, que estabeleceu o voto obrigatório para homens e mulheres, salvo as que não exercessem profissão remunerada, entre outras exceções.

C) O Código Penal de 1940

Outra alteração legislativa importante do período varguista, no tocante aos direitos das mulheres, foi a aprovação do Decreto-Lei nº 2.848, de 7.12.1940, que instituiu o novo Código Penal brasileiro.

⁵ Discurso de Getúlio Vargas transmitido ao país por meio de emissoras de rádio, na noite de 10.11.1937.

O tratamento dispensado pelo Código Penal de 1890 à apuração e persecução de crimes sexuais ainda refletia o pensamento oitocentista sobre a mulher predominante no período colonial. A definição de crimes e penas ainda tinha por paradigma a diferenciação entre a mulher honesta e a prostituta, de maneira que “os limites rígidos estabelecidos entre a honra – a honestidade – e a vergonha – a prostituição – tenderiam a impactar os juízos morais dos julgadores perante o modo de vida das vítimas” (BRASIL. Senado Federal, 2004, p. 33).

A lei penal vigente ao final do século XIX, a despeito de determinar agravamento das penas para os crimes sexuais, preocupava-se menos com a proteção efetiva da mulher do que com a preservação da honra social da família. Prova dessa preocupação do Estado em evitar ofensas públicas à moral foi a inclusão, nesse diploma, dos delitos de ultraje público ao pudor.

Essa lógica foi modificada com o Código Penal de 1940, que eliminou, quase que por completo, a diferenciação entre mulheres honestas e prostitutas⁶, tratando dos crimes sexuais como crimes contra os costumes. A honestidade e a integridade sexual das mulheres foram elevadas à condição de bens jurídicos sujeitos à proteção do Estado (BRASIL. Senado Federal, 2004, p. 35). Embora o novo diploma criminal (e também a sociedade brasileira) ainda contivesse marcas dos valores patriarcais, ele implantou importantes mudanças no tratamento dos direitos da mulheres, especialmente no que concerne aos crimes sexuais, dos quais eram as principais vítimas.

4.5 As Constituições de 1946, 1967 e 1969

A Constituição de 1946 difere bastante da que a antecedeu. Afonso Arinos e Barbosa Lima Sobrinho (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 163; BALEEIRO; LIMA SOBRINHO, 1987, p. 14) afirmam que o novo texto constitucional se assemelhava muito ao de 1934, enquanto Baleeiro (1987, p. 13) julga que o texto de 1946 restaurou as linhas da Constituição de 1891, incorporando as inovações mais importantes trazidas pela de 1934.

⁶ A terminologia “mulher honesta” foi utilizada nos tipos penais cometidos mediante fraude, a saber: posse sexual mediante fraude (art. 215), atentado ao pudor mediante fraude (art. 216) e rapto violento ou mediante fraude (art.219). Essa expressão somente foi suprimida dos tipos supracitados pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.

Apesar de Miguel Reale apontar como equívocos da Constituição de 1946 o enfraquecimento do Poder Executivo em detrimento do fortalecimento do Legislativo, a criação de óbices à intervenção do Estado na economia, incompatível com a nascente economia industrial, e o pluripartidarismo ilimitado, que permitiu a fundação de partidos nacionais de fachada (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 165), ela teve méritos que merecem ser destacados. Com efeito, em 1946, foi retomado o princípio federativo e restituídos o voto universal, direto e secreto. A Constituição de 1946 é um documento que representa bem o contexto do pós-guerra – conferindo maior proteção aos direitos e garantias que lista, em caráter exemplificativo, nos artigos 141 e seguintes –, em especial o momento por que passava o Brasil, buscando compensar as supressões e reequilibrar a divisão de poderes que havia sido quase que suprimida no texto centralizador de 1937.

A Constituição de 1967 foi elaborada no contexto do golpe militar de 1964 e aprovada por um Congresso Nacional pressionado e constrangido pelas forças militares, que foi convertido em Assembleia Constituinte por meio do Ato Institucional nº 4, de 12 de dezembro de 1966, assinado pelo então presidente Castello Branco. As cláusulas preambulatórias desse ato institucional anunciam o contexto de repressão que já se experimentava à época:

CONSIDERANDO que a Constituição Federal de 1946, além de haver recebido numerosas emendas, já não atende às exigências nacionais;

CONSIDERANDO que se tornou imperioso dar ao País uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução;

CONSIDERANDO que somente uma nova Constituição poderá assegurar a continuidade da obra revolucionária;

[...]

CONSIDERANDO que o Governo continua a deter os poderes que lhe foram conferidos pela Revolução [...] (BRASIL, 1966).

O Brasil viveu quase duas décadas de ditadura sob regramento dessa Carta Magna, que foi emendada em 1969, como será visto adiante. Seu texto recobrou medidas de excessiva concentração de poder nas

mãos do Executivo e de autoritarismo que haviam sido superadas com a Constituição de 1946.

No que concerne aos direitos políticos e eleitorais, em linhas gerais, a Constituição de 1967 manteve o voto universal, obrigatório e direto (arts. 142 e 143). Porém, o que se observou na prática foi um longo período de eleições indiretas, em que a escolha do presidente e do vice-presidente cabia ao Congresso Nacional, àquele tempo, fortemente coagido e manipulado pelas forças militares que estavam no poder, reguladas mediante atos institucionais.

A despeito dos mandamentos constitucionais a respeito do voto, as eleições no regime militar foram indiretas para presidente da República e realizadas em sessões públicas, com voto nominal e aberto, conforme disciplinado por sucessivos atos institucionais e, posteriormente, pelo artigo 74 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que ficou conhecida com a Constituição de 1969.

Nas palavras dos juristas Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 169), a Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967 adveio de um golpe arquitetado pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que “mergulhou o país num regime ainda mais autoritário, do qual só viemos a sair em 1988”. Ainda segundo esses juristas, tal emenda consistiu num:

Simulacro de Constituição, editado pela Junta Militar que assumiu o poder em 1969, [...] que [como] disse Afonso Arinos [...] foi uma Constituição do tipo instrumental, destinada tão-somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato [...].

5 A Constituição de 1988 e os impactos sobre a posição da mulher na sociedade brasileira

A Constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã – expressão utilizada pelo presidente da Assembleia Constituinte de 1987, deputado Ulysses Guimarães, no discurso de promulgação do atual texto constitucional (GUIMARÃES, 1988) – foi elaborada num momento em que se encerrava o período de mais de 20 anos de ditadura

militar, período em que a sociedade brasileira sofreu coações, violências diversas, privação de direitos fundamentais, repressão e censura.

Portanto, a Carta Magna de 1988 é o reflexo de uma sociedade que buscava reestabelecer seus direitos e sua ordem civil, revestindo-os de maior segurança e estabilidade. O historiador Fausto (2009, p. 524-525) explica da seguinte forma o fato de a Constituição de 1988 ser um texto muito analítico:

O texto da Constituição, muito criticado por entrar em assuntos que tecnicamente não são de natureza constitucional, refletiu as pressões dos diferentes grupos da sociedade. As grandes empresas, os militares, os sindicalistas etc. procuraram introduzir no texto normas que atendessem a seus interesses ou se harmonizassem com suas concepções. Em um país cujas leis valem pouco, os vários grupos trataram assim de fixar o máximo de regras no texto constitucional, como uma espécie de maior garantia ao seu cumprimento.

A Constituição de 1988 introduziu mudanças muito significativas nos direitos da mulher. Não se preocupou somente em equipará-las aos homens, mas em atender interesses femininos específicos, como: licença à mulher gestante por período superior ao da licença-paternidade (art. 7º, inc. XVIII); proteção ao mercado de trabalho da mulher (art. 7º, inc. XX); tempo de contribuição inferior ao dos homens para fins de aposentadoria (arts. 40 e 201).

Uma inovação chama especial atenção em se considerando que ainda vigorava o Código Civil de 1916, que atribuía ao homem a chefia da sociedade conjugal. Trata-se da disposição contida no §5º do artigo 226, que determina: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

É preciso reconhecer, por um lado, que a sociedade brasileira, ao final dos anos 1980, já comportava outro tipo de inserção feminina, de mulheres mais independentes, trabalhadoras e até mesmo chefes de família, dando sinais do anacronismo do referido diploma civil. Por outro lado, os séculos de desigualdade e discriminação contra a mulher deixaram marcas profundas na sociedade brasileira, que demandariam tempo e muitas mudanças para serem corrigidas, num lento processo de modificação de conceitos sociais, de criação de oportunidades e de

implantação de medidas de proteção dos direitos e interesses da mulher que, até o presente, ainda não se concluiu.

Em 2002, foi publicado o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), cujos dispositivos se baseiam na isonomia entre gêneros, trazida pela Constituição de 1988 e consolidada por diversas leis e outros diplomas normativos produzidos desde a entrada em vigor da atual Carta Magna.

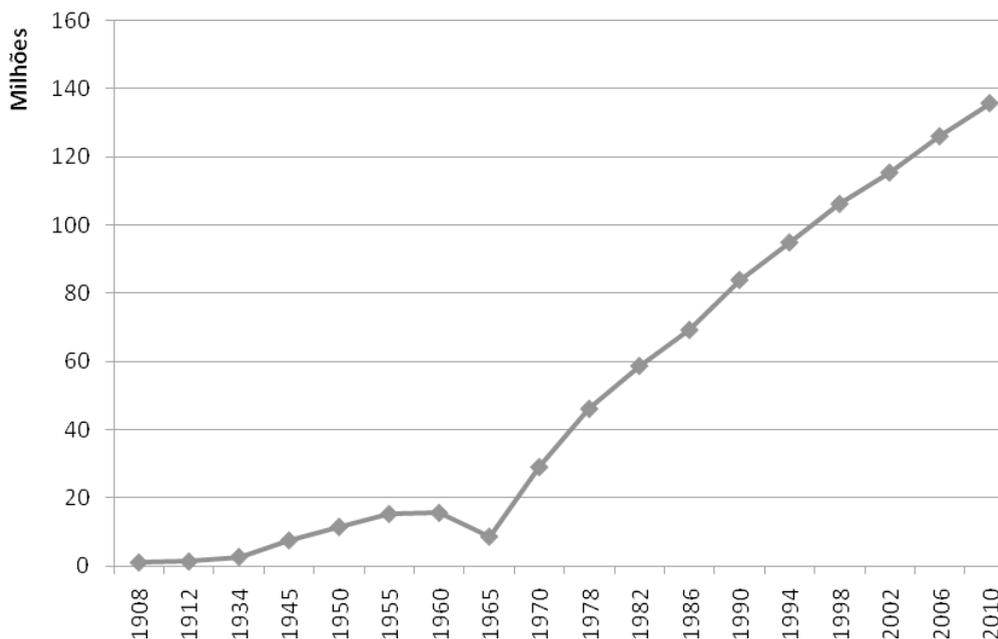
Essa legislação assegura a isonomia formal entre homens e mulheres. Contudo, num país como o Brasil, onde muitas vezes a realidade insiste em contrariar as normas, seja em razão das incontestáveis desigualdades sociais, dos altos índices de violência, analfabetismo, pobreza, corrupção e impunidade, por exemplo, há uma grande distância que separa a isonomia formal, contida no texto das leis e normas, da isonomia real ou material almejada.

6 A participação política da mulher na sociedade brasileira contemporânea

Para se compreender a extensão e a profundidade das mudanças por que passou a posição política e social da mulher no Brasil, faz-se necessário apresentar alguns dados em retrospectiva, embora os aspectos históricos e jurídicos dos fatos e da legislação desde os tempos da colônia, relativos a esse tema, já tenham sido extensamente abordados neste trabalho.

Desde a eleição de Alzira Soriano para a Prefeitura de Lages-RN, em 1927, ainda com base na legislação eleitoral vanguardista do Rio Grande do Norte, a participação da mulher nos espaços públicos vem crescendo, tanto que, em 2010, os brasileiros elegeram, pela primeira vez, uma mulher para ocupar o cargo de presidente da República.

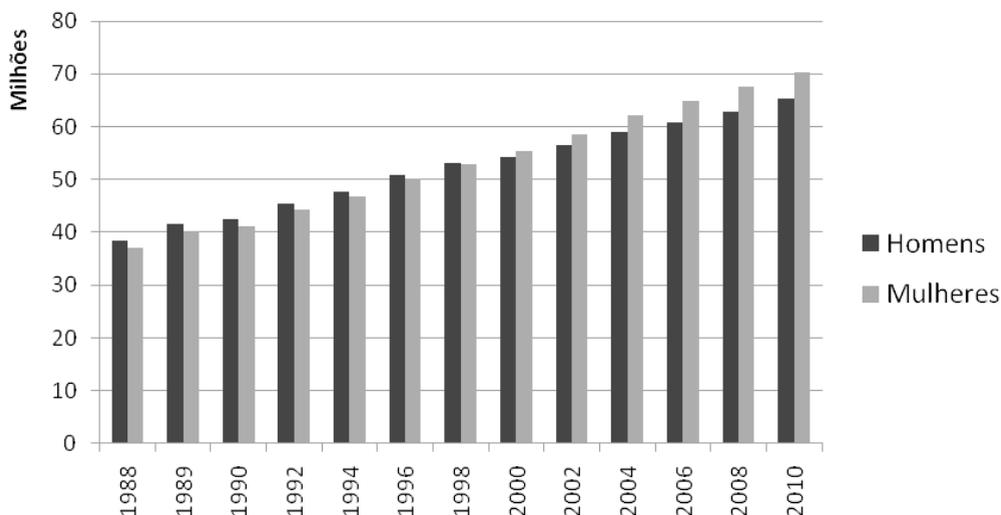
No período de mais de 80 anos que separa essas duas mulheres, houve mudanças significativas na legislação e na sociedade brasileiras. Com a implantação do voto universal (eliminadas discriminações relativas ao grau de escolaridade, nível de renda e gênero, por exemplo), aliada ao próprio crescimento populacional, observou-se significativo aumento do eleitorado brasileiro (Gráfico 1).

Gráfico 1 - Evolução do eleitorado no Brasil - 1908-2010

Fonte: Estatísticas do Século XX, disponíveis em www.ibge.gov.br; e dados do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, disponíveis em www.tse.jus.br.

No que concerne à distribuição do eleitorado por gêneros, verifica-se que, a partir do ano 2000, o número de mulheres eleitoras superou o de homens (Gráfico 2).

Gráfico 2 - Evolução do eleitorado no Brasil (1988-2010) - Distribuição por gênero



Fonte: Estatística do eleitorado brasileiro. Disponível em www.tse.jus.br.

Os dados a seguir, referentes à participação da mulher nas diferentes esferas de poder, permitem verificar a dimensão da inserção política e social da mulher no Brasil que, embora mais positiva do que no começo do século XX, ainda dista do percentual de mulheres na população e no eleitorado brasileiro.

a) Poder Executivo

Tabela 1 – Percentual de mulheres em cargos comissionados no governo federal (Poder Executivo)

	MULHERES	HOMENS
DAS 1	45,4%	54,6%
DAS 2	45%	55%
DAS 3	45%	55%
DAS 4	37,6%	62,4%
DAS 5	23,2%	76,8%
DAS 6	20,6%	79,4%
TOTAL	42,8%	57,2%

Fonte: Relatório anual 2009/2010 – Observatório Brasil de Igualdade de Gênero – Março/2010 – Disponível em <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/relatorio-anual-2009-2010>. Acesso em 25.7.2011.

Verifica-se, na Tabela 1, que quanto mais elevadas as posições de tomada de decisões menor a participação percentual de mulheres, embora, quanto aos totais, os percentuais estejam praticamente equiparados. No que concerne à inserção feminina no Poder Executivo, em âmbito estadual e municipal, de que tratam as Tabelas 2 e 3, a seguir, a participação da mulher, proporcionalmente, é ainda menor.

Tabela 2 – Mulheres em secretarias municipais nas capitais brasileiras – Regiões

REGIÃO	% DE MULHERES
NORTE	31,81%
NORDESTE	23,13%
CENTRO-OESTE	13,33%
SUDESTE	12,98%
SUL	7,4%
BRASIL	19,85%

Fonte: Site Mais Mulheres no Poder – SPM/PR, 2009. Extraído do Relatório anual 2009/2010 – Observatório Brasil de Igualdade de Gênero – Março/2010 – Disponível em <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/relatorio-anual-2009-2010>. Acesso em 25.7.2011.

Tabela 3 – Mulheres em secretarias estaduais brasileiras – Regiões

REGIÃO	% DE MULHERES
NORTE	21,32%
NORDESTE	17,65%
CENTRO-OESTE	16,87%
SUDESTE	13,48%
SUL	12,7%
BRASIL	16,48%

Fonte: Site Mais Mulheres no Poder – SPM/PR, 2009. Extraído do Relatório anual 2009/2010 – Observatório Brasil de Igualdade de Gênero – Março/2010 – Disponível em <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/relatorio-anual-2009-2010>. Acesso em 25.7.2011.

É importante destacar que as tabelas 1, 2 e 3 contêm dados referentes à ocupação de cargos de livre nomeação e exoneração, portanto, que não são precedidos de qualquer processo eletivo.

b) Poder Legislativo

A inserção das mulheres no Poder Legislativo será comentada mais adiante, quando da análise do sistema de cotas no Brasil. Mas, a título de ilustração, cabe reproduzir, a seguir, alguns dados da participação feminina no Congresso Nacional.

Tabela 4 – Evolução da participação das mulheres na Câmara dos Deputados no Brasil (1932-2010)

ANO	CANDIDATAS	ELEITAS
1932	1	1
1935	-	2
1946	18	0
1950	9	1
1954	13	3
1958	8	2
1962	9	2
1965	13	6
1970	4	1
1974	4	1
1978	-	4
1982	58	8
1986	166	26
1990	-	29
1994	185	32
1998	353	29
2002	490	42
2006	628	45
2010	933	45

Fonte: Tribunal Superior Eleitoral – dez.2000. Tabela extraída da obra AVELAR, Lúcia. Mulheres na elite política brasileira. 2ª edição. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer: Editora da UNESP, 2001. p. 58. Tabela atualizada conforme dados do TSE.

Verifica-se, pela Tabela 4, que, apesar de o número de candidaturas ter aumentado significativamente, o percentual de mulheres eleitas para cargos no Poder Legislativo ainda é muito baixo. A Tabela 5 demonstra a participação percentual de mulheres no Poder Legislativo federal, estaduais e municipais.

Tabela 5 – Poder Legislativo no Brasil – Senado, Congresso, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais – Cargos e Sexo (2010)

Poder Legislativo	Total	Mulheres	Homens	% de mulheres
Congresso Nacional	513	45	468	8,77%
Senado	81	11	70	13,58%
Assembleias Legislativas	1.059	123	936	11,61%
Câmaras Municipais	51.974	6.511	45.463	12,53%

Fonte: Site Mais Mulheres no Poder. Dados da Câmara dos Deputados, Senado, Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA) – Outubro de 2010.

Dados da União Interparlamentar (*Inter-parliamentary Union* – IPU), de dezembro de 2009, corroboram os dados apresentados acima. O Brasil ocupa a 107ª posição no que concerne à representatividade de mulheres no parlamento, ficando atrás de países como Cuba (4ª), Angola (9ª), Argentina (10ª) e Índia (99ª) (BRASIL. Presidência da República, 2010).

c) Poder Judiciário

As posições ocupadas por mulheres no topo das carreiras jurídicas não difere muito do quadro mostrado para os poderes Legislativo e Executivo. Embora as mulheres representem 44% do número de advogados brasileiros, no que concerne à carreira da magistratura, elas representam 30% do total de magistrados, sendo que, nos tribunais superiores, correspondem a somente 15,5% dos ministros (BRASIL. Presidência da República, 2010).

7 A implantação de cotas para a candidatura de mulheres no Brasil

Em 1995, a Lei nº 9.100, de 29 de setembro daquele ano, que estabeleceu normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, inovou, em seu artigo 11, § 3º, ao determinar que “vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres.”

Posteriormente, com vistas a assegurar a isonomia entre os gêneros, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, determinou, em seu texto original, que cada partido ou coligação deveria reservar o mínimo de 30% para candidaturas de cada sexo.

Com vistas a tornar a medida mais eficaz, em 2009, devido a modificações introduzidas pela Lei nº 12.034, o §3º do artigo 10 da Lei nº 9.504/1997 tornou obrigatório o preenchimento efetivo das vagas de candidaturas de cada partido com o mínimo de 30% de pessoas de cada sexo e o máximo de 70%.

A Tabela 6 mostra a evolução da quantidade de candidatas aos cargos dos poderes Executivo e Legislativo federais e estaduais:

Tabela 6 – Evolução das candidaturas femininas por cargo – poderes Executivo e Legislativo federal e estadual

	1994	1998	2002	2006	2010
Governador	13	14	21	25	18
Presidente	-	-	0	2	2
Senador	17	23	40	32	36
Deputado Estadual	571	1.270	1638	1602	3.274
Deputado Federal	185	353	490	628	933
TOTAL	786	1688	2189	2289	4665

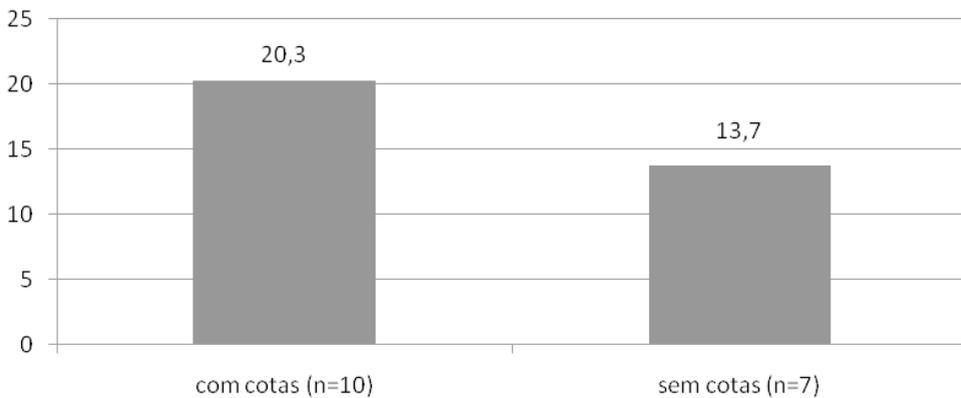
Fonte: Elaboração própria a partir de dados eleitorais disponíveis em www.tse.gov.br. Acesso em 26.7.2011.

A Tabela 6 demonstra que, após a entrada em vigor das leis que estabeleceram cotas para mulheres, houve considerável aumento na

quantidade de registros de candidaturas femininas. Porém, com base somente nesses dados, não é possível atestar a eficácia do sistema de cotas, embora esse mecanismo seja o mais comum para promover o acesso de mulheres às instâncias de poder e os quantitativos apresentados sejam um forte indicativo do sucesso da medida.

Ainda suportando a eficácia do sistema de cotas, como medida de ampliação do acesso de mulheres a posições de decisão, dados do Instituto para a Democracia e Assistência Eleitoral (*Institute for Democracy and Electoral Assistance* – IDEA) demonstram que, nos países onde houve a implementação das cotas, a incorporação de mulheres ao Poder Legislativo se deu de forma mais acelerada.

Percentual de mulheres em 17 congressos da América Latina (%)



Fonte: Gráfico extraído do Relatório "Cotas de Gênero: democracia e representação" - IDEA. Disponível em www.idea.int. Acesso em 25.7.2011.

Ante as evidências de efetividade do sistema de cotas, há que se questionar se a maior participação das mulheres nos espaços públicos far-se-á somente pela ampliação quantitativa de mulheres em cargos de decisão nos poderes Legislativo e Executivo. Pergunta-se: esse aumento quantitativo é bastante para sanar a questão da sub-representação das mulheres, independentemente de interesses e posições por elas defendidos ou a representação eficaz das mulheres requer a defesa de uma pauta de interesses compatível com suas necessidades e realidades?

Sem antecipar as conclusões que serão apresentadas, pode-se dizer que a representatividade da mulher é uma questão muito complexa

para ser equacionada somente do ponto de vista quantitativo, pois não se trata simplesmente de colocar indivíduos do sexo feminino em posições de poder. Esse é, sim, um passo importante do processo, mas, para que a representatividade se faça efetiva e eficaz, é preciso que essas representantes trabalhem em prol dos interesses desse segmento da população. Para tanto, é preciso que haja leis, instituições e espaço para as mulheres, das mais diversas classes sociais, se articularem em torno de uma pauta comum e se organizarem institucionalmente, seja por meio de organizações não governamentais, associações, sindicatos e, por que não, por meio dos partidos políticos. Nesse sentido, Avelar (2001, p. 85-86) defende que:

A política de direitos iguais implica um grande número de dimensões e evoca uma grande variedade de autores na sua conquista. Um exemplo bem sucedido é o da Suécia, onde se registram mudanças fundamentais nas leis, como resultado dos movimentos liderados pelas organizações internacionais, os movimentos nacionais pelos direitos das mulheres, além da ação organizada das mulheres nos partidos e sindicatos. Também ali, como na Noruega, Dinamarca, Finlândia, muitas mudanças foram registradas nos textos escolares, de modo a socializar crianças com outras pautas de referência em relação aos papéis sexuais.

Com isso, o universo de mulheres votantes tornou-se ainda mais importante em termos políticos, o que tem impacto sobre a formulação de propostas de governo, sobre a atuação dos partidos políticos, que precisam renovar suas propostas para convencer um eleitorado que apresenta necessidades singulares. Mesmo nas sociedades em que o nível geral de escolaridade é mais baixo graças a problemas como a concentração de renda, a miserabilidade, as desigualdades sociais, ou em que o engajamento político de mulheres é menor, esse processo tende a acontecer, ainda que de forma lenta.

8 Conclusões e perspectivas da inserção da mulher na sociedade e na política brasileiras

Avelar (2001, p. 85-86), citando Fábio W. Reis, explica que as mulheres com melhor posição social ou com maior nível de engajamento político apresentam características diferenciadas de seleção de candidatos:

Se a mulher tem uma posição social mais elevada, seja pela renda, educação ou posição profissional, tende a se interessar mais pela política, especialmente se rompeu com a estrutura dos papéis femininos tradicionais e está inserida no mercado de trabalho. Acostumada a enfrentar os desafios do cotidiano do trabalho, simultaneamente ao desempenho de suas tarefas domésticas, a sua visão de política é muito mais pragmática e não só apresenta maior interesse, como também procura votar em candidatos mais comprometidos com políticas sociais ligadas à melhoria do bem estar da família. [...] Se a mulher não se encontra em posição social de centralidade, mas em contrapartida participa de 'ação entre iguais', desenvolvendo assim uma consciência de classe, também tende a identificar-se com candidatos e partidos que representem seus interesses.

É importante ressaltar, porém, que a maioria do eleitorado feminino no Brasil, e por que não dizer da população como um todo, está longe de um "modelo de autonomia, lucidez e informação" (AVELAR, 2001, p. 85-86). Trata-se de uma população de baixa renda, dependente de serviços públicos de baixa qualidade, escassos e sobrecarregados, cujas necessidades primordiais estão atreladas à sobrevivência. Isso não somente dificulta o engajamento em assuntos políticos, mas também deixa essa grande parcela da população dependente de programas assistencialistas e vulnerável a manobras políticas para obtenção de votos.

Portanto, o problema da sub-representatividade feminina nas esferas de poder demanda mais do que medidas afirmativas, como o estabelecimento de cotas. Fazem-se necessárias mudanças reais e perenes nas características da sociedade brasileira, que incluem, dentre muitas outras medidas, a ampliação do acesso e a melhoria da qualidade dos serviços e políticas públicas de primeira necessidade, como educação, saúde, moradia, infraestrutura sanitária e transportes.

Em resumo, o engajamento político de forma crítica, informada e autônoma pressupõe, antes de tudo, a elevação da qualidade de vida das camadas mais baixas da população, que, deixando de se preocupar com aspectos primários de sua sobrevivência e munidas de formação e informação de melhor qualidade, poderão engajar-se na vida pública.

Ressalta-se, contudo, que o desenvolvimento e a consolidação do regime democrático são processos lentos e graduais que dependem da forma como a própria sociedade reconhece seus direitos e os exercita.

Os obstáculos à inclusão social de camadas desfavorecidas da população, social ou economicamente, bem como das minorias, não necessariamente enfraquecem ou desconstituem o que se entende por democracia.

A consolidação e o fortalecimento da democracia são processos de aprendizado coletivo que, no médio e no longo prazo, guiam os cidadãos nos processos de tomada de decisões com vistas a solucionar os problemas identificados em cada sociedade. Com efeito, a democracia, em seu sentido mais amplo, pressupõe a multiplicidade de grupos de interesse que interagem ou influem nos processos de tomada de decisões que se revestem de deliberações da coletividade, ditando os rumos concretos daquela sociedade.

Nesse contexto, cabe retomar brevemente a discussão acerca das dimensões da atuação política dos diferentes grupos sociais, em especial, das mulheres.

Embora a atuação parlamentar seja uma das principais bases do funcionamento da democracia representativa, é importante ressaltar que a democracia representativa não esgota em si todas as dimensões da democracia. Daí a importância de se preservar uma sociedade plural, em que a atuação política dos indivíduos se manifesta pela sua atuação junto a empresas, organismos e movimentos sociais, grupos comunitários e outras entidades ou segmentos de natureza coletiva.

Nos termos do que explica Dahl (1990, p. 36-42), em sua teoria da democracia pluralista:

Enquanto organizações autônomas não são suficientes para a democracia por si sós, elas são elementos necessários para a democracia de larga escala, como pré-requisitos operacionais e como conseqüências inevitáveis de suas instituições. Os direitos necessários para a democracia em larga escala tornam organizações relativamente autônomas possíveis e necessárias. [...]

Mesmo quando as garantias institucionais da poliarquia existem e o sistema político de um país é democrático, o pluralismo organizacional é perfeitamente consistente com amplas desigualdades.

Embora em números absolutos não o sejam, as mulheres são uma minoria social, porque ainda estão sujeitas à discriminação no mercado

de trabalho, na vida política e social e mesmo na esfera privada do seu lar e de suas relações pessoais.

Portanto, a participação da mulher nos espaços públicos em quantidade compatível com o número de cidadãos e eleitoras brasileiras e em qualidade representativa da diversidade de interesses desse grupo depende não só da formulação de leis e políticas que lhes asseguram direitos e garantias, já que, como visto, a isonomia formal em muito se distancia da isonomia material. Depende, sim, de mudanças estruturais na sociedade brasileira, que permitam a inserção profissional de mulheres no mercado de trabalho em condições competitivas em relação aos homens, de modo que possam aferir salários justos, equitativos, que lhes permitam prover o sustento de seus lares. Depende, ainda, de uma melhor formação escolar, do combate à corrupção, com vistas a manter a credibilidade das instituições públicas, em suma, de uma educação política e social coletiva, que, ao mesmo tempo em que desbanque preconceitos herdados ainda dos tempos do Brasil colonial, facilite e estimule o engajamento político das mulheres.

Referências

ALVES, Januária Cristina. O lado feminino do Brasil colonial. *Superinteressante*. Edição 79, abr. 1994. Disponível em: <http://super.abril.com.br/superarquivo/1994/conteudo_114103.shtml>. Acesso em: 16 jul. 2011.

ARAÚJO, Clara. *Potencialidade e limites da política de cotas no Brasil*. Disponível em: <www.maismulheresnopoderbrasil.org.br>. Acesso em: 26 jul. 2011.

AVELAR, Lúcia. *Mulheres na elite política brasileira*. 2. ed. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer: Editora da UNESP, 2001. 188 p.

BALEIRO, Aliomar. *A Constituição de 1891*. Brasília: Centro de Ensino a Distância, 1987. Coleção Constituições do Brasil.

BALEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *A Constituição de 1946*. Brasília: Centro de Ensino a Distância, 1987. 87 p. Coleção Constituições do Brasil.

BOCCIA, Sandra. As bruxas paulistas. *Veja*. Edição 1, n. 169, 13 out. 1999. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/131099/p_062.html>. Acesso em: 16 jul. 2011.

BRASIL. *Ato Institucional nº 4, de 12 de dezembro de 1966*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 jul. 2011.

_____. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916: Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102644>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Relatório anual do Observatório Brasil de Igualdade de Gênero 2009/2010*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2010. 80 p.

BRASIL. Senado Federal. *Anais do Senado*. Ano de 1827, v. 2. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/AP_Apresentacao.asp>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. _____. Ano de 1925, v. 6. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/AP_Apresentacao.asp>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. *Proposições legislativas sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro, 1826-2004*. Brasília: Senado Federal, Comissão Temporária do Ano da Mulher, 2004. 729 p.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *A Constituição de 1967*. Brasília: Centro de Ensino a Distância, 1987. 132 p. Coleção Constituições do Brasil.

DAHL, Robert. The problem of pluralist democracy. In: _____. *Dilemmas of pluralist democracy*. Yale University Press, 1990. p. 36-42.

DANIEL, Teofilo Tostes; PEREIRA, Rodrigo Rodrigues. *O voto feminino no Brasil*. Disponível em: <<http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/180/111/>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

DEL PRIORE, Mary; VENANCIO, Renato. *Uma breve história do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2010. 319 p.

DEL PRIORE, Mary. (Org.) *História das mulheres no Brasil*. 9. ed., 2. reimp. São Paulo: Ed. Contexto, 2010. 678 p.

DUBY, Georges. (Ed.) *A history of private life: revelations of the medieval world*. Cambridge: Harvard University Press, 1988. v. 2, 650 p.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13. ed., 1. reimp. São Paulo: Ed. da USP, 2009. 657 p.

GUIMARÃES, Ulysses. *Transcrição oficial do discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988*. Publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <<http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/plenario/discursos/escrevendohistoria/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2011.

MARTINS, Carla Lopes Vieira. *A Federação Brasileira pelo Progresso Feminino e a cidadania feminina na República Velha (1900-1930)*. Disponível em: <http://www.rj.anpuh.org/>>. Acesso em: 25 jul. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 1364 p.

NOGUEIRA, Octaciano. *A Constituição de 1824*. Brasília: Centro de Ensino a Distância, 1987. Coleção Constituições do Brasil.

PIERONI, Geraldo. *Os excluídos do reino*. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 2006. 308 p.

POLETTI, Ronaldo. *A Constituição de 1934*. Brasília: Centro de Ensino a Distância, 1987. 148 p. Coleção Constituições do Brasil.

PORTO, Walter Costa. *Constituição de 1937*. Brasília: Centro de Ensino à Distância, 1987. 98p. Coleção Constituições do Brasil.

_____. *O voto no Brasil: da colônia à 6ª República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002. 430 p.

RIBEIRO, Antônio Sérgio. *A mulher e o voto*. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/web/eleicao/mulher_voto.htm>. Acesso em: 17 jul. 2011.

RÍOS, Marcela; VILLAR, Adrés; IDEA; FLACSO-Chile. *Cuotas de gênero: democracia y representación*. Santiago, Chile: 2006. 55p. Disponível em: < www.idea.int>. Acesso em: 25 jul. 2011.

VEYNE, Paul. (Ed.) *A history of private life: from pagan Rome to Byzantium*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. v. 1, 670 p.

BIOMETRIA E CONTROLE JURÍDICO-SOCIAL DE FRAUDE ELEITORAL

José Jairo Gomes¹

Resumo

Discute a importância da biometria no processo eleitoral brasileiro, objetivando destacar que ele se torna mais seguro e transparente ante a eficácia da nova tecnologia quanto à prevenção de fraudes na votação. Afirma que, harmonizando-se com o momento presente, com os valores e o pensamento em voga, o novo modelo contribui para incrementar a confiança no sistema eleitoral em seu conjunto, mantendo-o como um dos mais avançados do mundo.

Palavras-chave: Modernidade. Pós-modernidade. Biometria. Fraude. Tecnologia. Votação. Processo eleitoral.

Abstract

It discusses the importance of biometrics in the electoral process in Brazil, aiming to emphasize that it becomes more secure and transparent compared the effectiveness of new technology for the prevention of fraud in the vote. It states that, in total harmony with the present moment, with the values and thinking in vogue, the new model helps to increase confidence in the electoral system as a whole, keeping it as one of the most advanced in the world.

Keywords: Modernity. Postmodernity. Biometrics. Fraud. Technology. Vote. Electoral process.

Vivemos uma mudança de época. Situamo-nos em algum ponto entre a modernidade e o que se tem chamado pós-modernidade ou modernidade tardia. O período que antecedeu a modernidade ficou conhecido como Idade Média, sendo seu paradigma a fé. Repudiando a fé, deitou a modernidade suas raízes na razão e no indivíduo, gerando o mito do super-homem. Hoje, porém, a modernidade é acusada de não ter tido êxito na realização de suas promessas. Verificou-se serem poucas as certezas que a decantada razão, sozinha, pode oferecer, afirmando-

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, onde é professor adjunto. Procurador Regional da República, atuando no TRF da 1ª Região/DF.

se que, na maior parte do tempo, ela opera em estreita sintonia com a intuição e a emoção, todas entrelaçando seus modos de conhecimento.

O modernismo fracassou ao pretender que o progresso redimiria o homem e acarretaria o surgimento de uma sociedade melhor – mormente do ponto de vista ético – em razão do incremento da produção de bens de consumo com a consequente facilitação da vida e a liberação das pessoas para o cultivo de atividades voltadas às suas evoluções intelectual e moral. A verdade crua é que o homem não se tornou melhor; por toda parte imperam exclusões e injustiças. Tornaram-se comuns a degradação e a destruição do meio ambiente, as desigualdades sociais, o egoísmo, a todo instante travam-se lutas ferozes pelo alcance e controle de *posições de poder*, de bens materiais e imateriais.

É desse contexto que surge o novo movimento intelectual chamado pós-moderno.² Intenta-se demolir certezas construídas ao longo de séculos, realçando a insuficiência da razão e o mito que se criou em torno do que se designa *verdade*. Por todos os lados que se olhem, entreveem-se a pujança de novas ideias e as novas formas de manifestação da vida individual e coletiva; descobre-se, sem dificuldades, a atuação de novos veículos arquetípicos na condução do pensamento e da ação.

Não há como negar que as novas tecnologias constituem um dos alicerces desse movimento. Tome-se a música como exemplo. Hoje, ela é eletrônica e em geral não tem letra – e quando a tem, esta funciona como mais uma nota “eletrônica”, a compor o conjunto orquestrado pelo DJ, sem qualquer sentido contextual, porém. Outra situação paradigmática da pós-modernidade é a ausência de relação lógico-racional entre o fato dito *real*, em si mesmo, e a imagem intelectual que dele se produz.

² Esclareça-se que a pós-modernidade é aqui referida apenas para contextualizar o momento presente, no qual os postulados da modernidade encontram-se evidentemente em xeque. Não se defende a existência de um constitucionalismo pós-moderno ou neoconstitucionalismo, como tem sido chamado. Sobre isso, assinalou o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p. 4): “Se numerosas são as concepções que atualmente se entrecrocaram quanto à teoria da Constituição, a maioria delas desinteressada da preocupação com a limitação do Poder – o cerne tradicional do constitucionalismo –, nenhuma ainda se impôs incontestavelmente, nem tem reflexos indiscutíveis nas Constituições mais recentes promulgadas. [...] O neoconstitucionalismo, de que muitos falam, não passa de uma doutrina (ou de uma coletividade de doutrinas, pois não há consenso entre seus adeptos). Ele ainda é difuso, consiste numa nebulosa cujas estrelas – os elementos fundamentais – ou não trazem novidade, ou não estão solidamente alicerçados [...]”.

Afirma-se inexistirem *fatos*, senão imagens ou fenômenos construídos a respeito dele por uma complexa operação hermenêutica em cujo processo se insere o próprio sujeito cognoscente.

E o que dizer das novas mídias e seus maravilhosos encantos: internet, Orkut, blogosfera, Facebook, SMS, iPod, iPad, iPhone, smartphone? As novas tecnologias têm engendrado formas originais de interação social, operando verdadeira revolução nas relações interpessoais. É claro que, sozinhos, equipamentos e *softwares* nada podem fazer, mas facilitam de tal maneira as comunicações que propiciam a formação de uma imensa rede de interação humana, o que permite a troca de informações e experiências, a organização de ideias e ações. Vejam-se a tal respeito os recentes eventos pela mídia denominados “revoluções árabes” e as manifestações populares que levaram à queda do governo de José Maria Aznar, na Espanha, nas eleições de 2004.

Tão profundas são as mudanças que até as interações entre as pessoas e o Estado têm se transformado. E mesmo o papel dos partidos políticos tem sido amplamente debatido e revisado, havendo quem já os considere supérfluos ou pelo menos sem a importância de outrora. É que os partidos deixaram de ser os únicos veículos de expressão coletiva ou de canalização de demandas populares perante o Estado. Vistos com desconfiança, muitos já nem gozam de respeito e consideração no meio social, porquanto o único e verdadeiro projeto que acalentam é o de acessar o poder ou nele permanecer. Diversas tarefas antes deferidas às agremiações políticas são hoje realizadas com desenvoltura por movimentos sociais ou organizações não governamentais. Por outro lado, propala-se a existência de uma crise de representatividade na esfera político-estatal, a ponto de se reclamarem mudanças profundas no sistema político-eleitoral.³

³ Discordando da necessidade de mudanças no atual modelo político-eleitoral brasileiro, o professor André Ramos Tavares (2011, p. 27-28), depois de analisar a operacionalidade de vários sistemas, assevera: “Em síntese, o que pretendi demonstrar foi a necessidade de se rediscutir não apenas o modelo, mas, principalmente, uma das premissas que norteiam todo o pano de fundo do debate da reforma eleitoral – a falaciosa impressão de que o modelo político eleitoral brasileiro funciona muito mal e precariamente e de que o sistema é inadequado, não representativo e contrademocrático em alguns dos institutos atuais. Não creio que essa seja uma afirmação correta e, caso a mudança seja pautada exclusivamente (ou prioritariamente) nessas premissas, a conclusão só pode ser a da desnecessidade da mudança ou de que a mudança proposta apresente bases ou objetivos inconfessáveis. Há, é certo, falhas em alguns pontos e pontos de vista diversos para alguns temas e institutos, mas que não justificam, como disse, experimentalismos inconsequentes. [...]”

Eis o cenário em que se delineiam os ingentes esforços da Justiça Eleitoral para a implementação da biometria no processo eleitoral, ou seja, o reconhecimento individual do eleitor a partir de medida biológica como é a impressão digital.

A experiência que começou tímida nas eleições municipais de 2008, abrangendo apenas os pequenos municípios de Colorado do Oeste (RO), Fátima do Sul (MS) e São João Batista (SC), avançou para 60 municípios espalhados em 23 estados da federação nas eleições gerais de 2010 e promete habilitar 10 milhões de eleitores nas municipais de 2012 e, quem sabe, todo o corpo eleitoral nas presidenciais de 2014.

Empregando tecnologia de ponta, a identificação biométrica na votação sintoniza-se com o estado da arte. A utilidade dessa tecnologia não se restringe ao processo eleitoral, sendo igualmente importante para outros setores da vida nacional, a exemplo da Justiça, com a Carteira Nacional de Identidade, e do Sistema Único de Saúde (SUS), com o Cartão Nacional do SUS. Apresenta relevância histórica, portanto, a pioneira iniciativa.

Vale frisar que a efetivação da biometria encerra um ciclo na Justiça Eleitoral, colocando-a em posição radicalmente oposta àquela existente na época em que as eleições eram realizadas *a bico de pena*.

A implantação da nova tecnologia permite concretizar princípios como *veracidade, sinceridade e autenticidade* do voto e das eleições, aspirações antigas de todos os sistemas democráticos conhecidos.

Levando a cabo empreitada de tamanha envergadura, a Justiça Eleitoral avança – e muito – no bom e reto caminho que há muito vem sendo trilhado. Com efeito, em 1986, na gestão do ministro Néri da Silveira, teve início a informatização com o cadastramento eletrônico do corpo eleitoral; em 1994, encontrando-se o TSE sob a presidência do ministro Sepúlveda Pertence, deu-se a totalização dos votos nas eleições gerais pelo sistema computacional instalado naquele tribunal; já em 1995, na gestão do ministro Carlos Mário Velloso, iniciaram-se os trabalhos de informatização do voto e do processo de votação; em 1996, sob a presidência do ministro Marco Aurélio Mello, realizou-se a primeira votação eletrônica no Brasil. Desde então, a votação eletrônica tornou-se rotina para os brasileiros. Veja-se que nas eleições de 2000, 2002, 2004, 2006, 2008 e 2010, todo o eleitorado votou eletronicamente. Para se ter

ideia da grandeza do trabalho e da dimensão dos esforços envolvidos na implementação da votação eletrônica, basta dizer que o corpo eleitoral brasileiro já conta com mais de 135 milhões de cidadãos.

Importa salientar que o Direito Eleitoral constitui uma jovem disciplina jurídica. Sem gozar do secular prestígio do Direito Civil, surgiu de um galho extraído da Ciência Política e do Direito Constitucional. Mas isso não lhe diminui a importância. Trata-se, na verdade, de uma das mais relevantes matérias, porquanto tem por função concretizar o princípio democrático fundamental da soberania popular, pedra angular de todo o sistema jurídico.

Não basta a só previsão de princípios em textos constitucionais, havendo mister a criação de mecanismos infraconstitucionais para a operacionalização dos princípios e dos valores maiores, reconhecidamente importantes para a vida social.

Eis aí delineada a função primordial dessa disciplina jurídica. E não é demais acentuar seu ingente papel na América Latina com o florescimento dos regimes democráticos. Já se fala mesmo na existência de um Direito Eleitoral de base comum em toda essa região.

É pelo Eleitoral que se realiza o controle jurisdicional da investidura nos cargos político-eletivos, afastado que foi entre nós, pela Revolução de 1930, o tão esdrúxulo quanto controvertido mecanismo de verificação de poderes pelo próprio parlamento. A propósito, do Direito Comparado tem-se a notícia de que tal mecanismo não vingou em nenhum Estado que o tenha adotado.

É função do Eleitoral propiciar uma disputa limpa e equânime pelo poder político, o que conduz à sinceridade das eleições e, pois, à prática legítima do poder conquistado e justificado pelo exercício do sufrágio universal e igualitário. Se falhar nessa tarefa, em vão terão sido os esforços empregados para a edificação dessa disciplina.

Em tal contexto é que se há de compreender a biometria no processo eleitoral.

A novel tecnologia coroa a *dignidade política do cidadão*, encorajando-o a participar do processo de decisão coletiva, já que robustece seu poder e incrementa a confiança no sistema.

Encerra, ainda, um ciclo de lutas, pois desde sempre a Justiça Eleitoral se empenha, obstinada e vigorosamente, para eliminar esse cancro nacional chamado fraude eleitoral. Por fraude, compreende-se a frustração do sentido e da finalidade de norma jurídica pelo uso de artimanha, astúcia, artifício ou ardil. Embora *aparentemente* atue o agente conforme o Direito, o efeito visado o contraria, disso resultando sua violação. A fraude ao sistema jurídico-eleitoral tem em vista distorcer seus princípios, influenciar ou manipular o resultado da votação e, pois, a própria eleição.

A história político-eleitoral brasileira oferece incontáveis exemplos de fraudes, das mais toscas às mais sofisticadas. Por muito tempo o sistema político se sustentou na fraude, pois a elite nacional não aprendeu a aceitar a vontade popular como fundamento da vida republicana e representativa. No período imperial – afirma Faoro (2009, p. 391) – o “sistema se apoiava sobre pés de barro frágil, todos sabiam que as eleições pouco tinham a ver com a vontade do povo”; à Coroa eram levados “números e nomes, todos tão falsos como o gesto de depor nas urnas cativas o voto escravizado”. O eleitor, prossegue o autor, “era como aquela jararaca, que o candidato Joaquim Nabuco encontrou num casebre do Recife: estava pronto a votar com o postulante, simpatizava com a causa; ‘mas, votando, era demitido, perdia o pão da família; tinha recebido a chapa de caixão (uma cédula marcada com um segundo nome, que servia de sinal), e se ela não aparecesse na urna, sua sorte estava liquidada no mesmo instante’”.

Na República Velha, o quadro não era diverso; aí a “mesa eleitoral e paroquial” comandava o espetáculo com toda sorte de manipulações e fraudes. Conforme também assinala Faoro (2009, p. 421), o “número dos eleitores da paróquia era arbítrio da mesa, havendo casos em que uma freguesia suplantara todos os votos da província”. Ante a ausência de controle sério, nada impedia que o mesmo cidadão votasse várias vezes, convertendo-se o título eleitoral em “título ao portador”. A eleição era, na verdade, um espetáculo circense, e a fraude, consenso entre os políticos. A institucionalização da fraude eleitoral na vida nacional foi igualmente denunciada por Ruy Barbosa: ⁴

[...] já no alistamento se fabrica o eleitorado. Depois, ou lhe simulam a presença, ou lha obstam, na eleição. Quem

⁴ Apud Faoro (2009, p. 736-737).

vota e elege, são as atas, onde se figuram, umas vezes com o requintado apuro dos estelionatos hábeis, outras com a negligência desasada e bezuntona das rapinagens vulgares, os comícios eleitorais, de que nem notícia houve nos sítios indicados pelos falsários, pelo teatro de cada uma dessas operações eletivas [...]. Já não se precisa recorrer à corrupção e à violência: fabricam-se as atas e, até, séries de atas, nas quais figuram votando não só eleitores que não compareceram, mas ainda a grande massa dos fantásticos, dos incognoscíveis, cujos nomes foram, para esse fim, fraudulentamente incluídos no alistamento.

Com o avanço dos tempos e a inexorável pressão moralizante, renovaram-se os métodos. Quando a votação ainda era feita em cédulas, reconheceu-se a existência de fraude na “incoincidência entre o número de votantes e o de cédulas oficiais encontradas nas urnas” (TSE – Ag. n. 5.934/BA – DJ 16/11/1983, p. 1), o que equivaleria a constatar-se que em determinada seção houve mais votos que eleitores inscritos. Também não era de rara ocorrência um tipo de fraude conhecido como “voto de formiguinha”. Mancomunado com o líder de seu grupo político, determinado eleitor era instruído para, em vez de votar, subtrair a cédula; esta era preenchida e entregue a outro eleitor que, em vez de efetivamente votar, simplesmente depositava na urna a cédula previamente preenchida, trazendo de volta a sua, em branco, que, por sua vez, era preenchida pelo cabo eleitoral e entregue a outro eleitor, e assim sucessivamente. Com isso, assegurava-se a eleição do chefe político ou de quem ele indicasse.

Hodiernamente, outras manifestações fraudulentas podem ser apontadas, tais como:

a) transferência de domicílio eleitoral para viabilizar uma candidatura ou um terceiro mandato – é frequente no caso de prefeitos de cidades contíguas;

b) dissolução de casamento para desincompatibilizar o cônjuge e/ou parentes. Nos termos do artigo 14, § 7º, da Constituição Federal, os cônjuges e os parentes, consanguíneos ou afins, até o 2º grau, são inelegíveis. Note-se que a Lei Complementar 135/2010 procurou combater

essa conduta, criando uma hipótese de inelegibilidade na alínea “n”, inciso I, do art. 1º da Lei Complementar 64/90;⁵

c) fraude ao artigo 1º, I, “g” da Lei Complementar 64/90, com a revogação posterior de ato legislativo que reprovou as contas prestadas pelo candidato relativamente à sua gestão;

d) pedido de registro de candidato inelegível e sua substituição às vésperas do pleito;

e) transferência fraudulenta de eleitores.⁶

Não obstante, mercê, sobretudo, de sua complexidade, é preciso reconhecer as dificuldades para o total saneamento de nossa vida político-institucional.

A implantação do sistema eletrônico de votação e, agora, a efetivação da identificação biométrica do eleitor no ato de votar representam passos hercúleos para se alcançar a transparência, a lisura e a sinceridade nas eleições. Com isso, mais nos aproximamos da efetivação do ideal democrático, aspirado pelo Ocidente desde a antiguidade clássica.

No Eleitoral, mais do que em qualquer outro ramo do Direito, impõe-se o permanente aprimoramento do sistema, de sorte que a realidade possa um dia entrar em perfeita sintonia com a ideia de democracia. Isso implica renovação de práticas e mudanças, sempre.

Mudanças são essenciais para a realização da vida. Participam da ideia de liberdade em seu devir histórico.

As mudanças que a biometria introduz no processo de votação – mormente na percepção dos eleitores em relação à confiabilidade do processo eleitoral em seu conjunto – traduzem a evolução e a maturidade

⁵ Reza o art. 1º, I, n, da LC 64/90: São inelegíveis “os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude;”

⁶ Registre-se ser pacífico na jurisprudência o entendimento segundo o qual a fraude assinalada ou os vícios ocorridos durante o alistamento eleitoral não são passíveis de discussão “dentro do processo das eleições” (TSE – REspe n. 6.157/MG – DJ 02/05/1985, p. 6.216); não pode, portanto, fundamentar AIME ou RCED. Essa questão deve ser levantada no veículo e no momento apropriados, conforme prevê o artigo 7º, § 1º, da Lei 6.996/82. Todavia, não se pode negar que em certos casos a transferência é em tudo e por tudo fraudulenta.

da experiência democrática brasileira, porque sepultam práticas malsãs, corrosivas, perniciosas, que há muito se anseia extirpar da vida nacional.

Referências

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev., 9. reimp. São Paulo: Globo, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. Processo eleitoral e democracia: a delicada e necessária contextualização da reforma política no Brasil. *Estudos Eleitorais*, Brasília: TSE, v. 6, n. 1, p. 9-30, jan./abr. 2011.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ELEITORAIS COMO CRITÉRIOS DE FUNDAMENTAÇÃO E APLICAÇÃO DAS REGRAS ELEITORAIS:

UMA PROPOSTA

Eneida Desiree Salgado¹

Resumo

Afirma que a Constituição estabelece o Estado de Direito como fundamento da cidadania contemporânea, uma noção de democracia, uma concepção de representação política, indicando os contornos dessa relação, e um ideal republicano, a partir de uma forte noção de liberdade e de igualdade, com a assunção de direitos e deveres de cidadania. Apresenta cinco princípios constitucionais como base para a construção do alicerce do Direito Eleitoral brasileiro: a autenticidade eleitoral; a liberdade para o exercício do mandato; a necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas; a máxima igualdade da disputa eleitoral; e a legalidade específica em matéria eleitoral. Enfatiza que, a partir desses princípios, é possível construir os alicerces do Direito Eleitoral brasileiro, para permitir sua concretização como um sistema internamente coeso, racional, inteligível e conforme aos comandos constitucionais. Conclui que as regras do jogo democrático devem estar em consonância com os valores constitucionais e como tais devem ser aplicadas.

Palavras-chave: Direito eleitoral. Princípios constitucionais. Eleição. Legalidade. Mandado eletivo. Democracia.

Abstract

It states that the Constitution establishes the rule of law as the foundation of contemporary citizenship, a notion of democracy, a conception of political representation, indicating the contours of this relationship, and a republican ideal, from a strong sense of freedom and equality, with the assumption of rights and duties of citizenship. It features five constitutional principles as the

¹ Mestre e doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professora e pesquisadora da referida instituição de ensino. Membro fundador da Academia Iberoamericana de Derecho Electoral.

basis for building the foundation of the Brazilian electoral law: the authenticity electoral freedom for the office, the necessary participation of minorities in public debate and political institutions, the maximum equality of electoral competition, and the legality specific electoral matters. Emphasizes that, based on these principles, you can build the foundations of the Brazilian electoral law to allow its implementation as a system internally cohesive, rational, understandable and consistent with constitutional commands. It concludes that the democratic rules must be consistent with the constitutional values and as such should be applied.

Keywords: Electoral law. Constitutional principles. Election. Legality. Warrant elective. Democracy.

1 Introdução

A leitura do Direito Eleitoral no Brasil sempre passou ao largo de uma visão a partir da Constituição. Como a disciplina das regras eleitorais era forjada às vésperas de cada pleito, os dispositivos se sucediam sem qualquer lógica (ou, o que é ainda pior, com a lógica distorcida da engenharia legislativa eleitoral da ditadura militar) e sequer havia uma disciplina jurídica para estudar seus fundamentos e institutos.

Mesmo com a nova ordem constitucional, o panorama custou a mudar. O Código Eleitoral de 1965 (Lei nº 4.737/65) foi, aparentemente, recepcionado pela Constituição de 1988, embora trouxesse o espírito do momento de sua elaboração e muitas de suas normas não sejam mais aplicadas. As “leis do ano” para regular as eleições foram se alternando: a Lei das Inelegibilidades foi substituída em 1990; a Lei dos Partidos Políticos, só em 1995; e a chamada Lei das Eleições surgiu em 1997, sem, no entanto, dar conta da estabilidade legal prometida.

Ao contrário dos demais ramos do Direito, não se faz no Direito Eleitoral a justificação de uma regra a partir de um princípio constitucional setorial, fundamentado em um princípio constitucional geral e este em um princípio estruturante. Talvez em função desta característica absolutamente negativa, o tratamento acadêmico e doutrinário ao Direito Eleitoral seja tão precário, assim como a possibilidade de desenhar uma linha coerente de decisões judiciais e diplomas normativos.

A partir dessas premissas, defende-se a necessidade de estruturar o Direito Eleitoral com fundamento em princípios constitucionais. E, com

base na configuração do Estado e do ordenamento jurídico, na noção de democracia trazida pela Constituição e nas demandas do princípio democrático, do ideal republicano e dos princípios estruturantes do Estado brasileiro, propõem-se cinco princípios constitucionais eleitorais, que devem servir como alicerces, como “chave e essência” (ATALIBA, 1988) do Direito Eleitoral: o princípio constitucional da autenticidade eleitoral; o princípio constitucional da liberdade para o exercício do mandato; o princípio constitucional da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas; o princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral; e o princípio constitucional da legalidade específica em matéria eleitoral.²

2 Uma noção de princípio

Nesta proposta de sistematização do Direito Eleitoral brasileiro, adota-se o termo princípio para se referir àquelas normas jurídicas que desempenham a função de dar coerência e servir como critério de verificação da atuação dos órgãos de soberania e dos cidadãos em suas relações intra-subjetivas e com o Estado e atuam no estabelecimento de um sentido de interpretação dos demais dispositivos normativos. Os princípios são, nesta concepção, os “mandamentos nucleares de um sistema” (MELLO, 2009, p. 53), que conferem a direção do sistema jurídico (MELLO, 1972, p. 144), que formam “como que uma frente comum apta a nortear o intérprete em todas as direções para as quais pretenda se dirigir” (BALERA, 2005, p. 994). E, para que se possa reconhecer o caráter de sistema de um ordenamento jurídico, impõe-se a existência de um alicerce formado por um conjunto de fundamentos normativos que constitui o núcleo duro da decisão política constituinte de um Estado. Afasta-se, portanto, uma concepção de princípio como “mandado de otimização” (ALEXY, 2005, p. 573; ALEXY, 1997), que não corresponde com a concepção esposada pela Constituição brasileira. Ressalta-se, ainda, que os princípios constitucionais estruturantes são inatingíveis pelo poder de reforma da Constituição.

O desprezo à construção de uma principiologia para as regras do jogo democrático não encontra guarida em um Estado Democrático de

² Estes princípios foram longamente tratados na obra *Princípios constitucionais eleitorais*, publicada pela Editora Fórum em 2010. Aqui serão apresentados os princípios e, brevemente, suas derivações.

Direito. Os principais bens jurídicos protegidos pelo sistema trazem consigo esta exigência. Pense-se na liberdade e as garantias constitucionais que lhe cercam, com normas declaratórias (liberdade de expressão e liberdade de associação, ambas previstas no artigo 5º da Constituição, incisos IV, IX e XVII) e assecuratórias (*habeas corpus* e mandado de segurança, por exemplo, também com sede no mesmo artigo, nos incisos LXVIII e LXIX). O Direito Penal, que se relaciona fortemente com esse bem jurídico, também encontra seus princípios no rol do artigo 5º (legalidade específica, irretroatividade, proibição de analogia, proporcionalidade e humanidade das penas, responsabilidade penal pessoal, aplicação da lei mais favorável e, implicitamente, intervenção mínima e necessidade da reação penal).

Não é diferente com a propriedade, que encontra garantias no texto constitucional e também por meio de uma construção principiológica do Direito Tributário, disposta a partir do artigo 145 da Constituição. Essa leitura é feita por Roque Antonio Carrazza (2009), que relaciona o desenho constitucional do poder de tributar com os princípios constitucionais gerais: do princípio republicano deriva o princípio da igualdade tributária e da capacidade tributária e do princípio federativo decorre o princípio da igualdade entre as pessoas políticas. Geram efeitos específicos no campo tributário os princípios da anterioridade, da legalidade e da segurança jurídica e também dá sentido à ordem constitucional tributária o princípio da autonomia municipal.

A relação do cidadão com o Estado, em sua faceta administrativa, encontra de igual forma um forte arcabouço principiológico na Constituição, e de maneira bastante explícita. O artigo 37 traz um rol, ampliado pelo poder de reforma da Constituição, dos princípios constitucionais da administração pública, que vêm ao encontro do princípio republicano. Estão ali reconhecidos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência. Ressalta Romeu Felipe Bacellar Filho (2008, p. 48-55) que a legalidade identifica o Estado de Direito e faz que a administração se submeta à lei e atue em consonância com as suas prescrições. A impessoalidade, com importantes reflexos na seara eleitoral, importa a atuação isenta e igualitária da administração. A publicidade impõe-se pela exigência de transparência do agir do poder público. A moralidade no campo administrativo garante a certeza e a segurança jurídicas, assegurando a lealdade e a boa-fé da administração e do particular. A eficiência exige "realizar mais e melhor

com menos, ou seja, prover os serviços públicos necessário para toda a população, de maneira satisfatória e com qualidade, utilizando o mínimo necessário de suporte financeiro”.

Celso Antônio Bandeira de Mello fundamenta a relação do cidadão com a administração pública e o exercício do poder político nesta esfera a partir dos princípios da supremacia do interesse público – devidamente considerado (HACHEM, 2011) – sobre o interesse privado, da indisponibilidade pela administração dos interesses públicos, da legalidade (e suas implicações, como a finalidade, a motivação, a responsabilidade do Estado), da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e da continuidade do serviço público, do controle administrativo, da isonomia, da publicidade, da inalienabilidade dos direitos relativos a interesses públicos, do controle jurisdicional dos atos administrativos e da segurança jurídica (MELLO, 2009, p. 60-77).

O Direito Penal, o Direito Tributário e o Direito Administrativo se relacionam diretamente com o princípio constitucional estruturante do Estado de Direito, principalmente com a sua vertente relacionada com o princípio republicano. Este mesmo princípio e aquele mesmo princípio estruturante exigem, com igual vigor, uma estrutura principiológica para regular a disputa eleitoral, que também decorre de uma reivindicação do princípio democrático.

A Constituição brasileira dá as pistas do desenho dos princípios constitucionais eleitorais, ainda que não os indique explicitamente. Assim, estabelece o Estado de Direito como fundamento da cidadania contemporânea, uma noção de democracia, uma concepção de representação política, indicando os contornos dessa relação, e um ideal republicano, a partir de uma forte noção de liberdade e de igualdade, com a assunção de direitos e deveres de cidadania.

3 O princípio da autenticidade eleitoral

O princípio constitucional da autenticidade eleitoral relaciona-se diretamente com a exigência constitucional de eleições livres e limpas, de garantia de opções reais ao eleitor, de ampla liberdade de expressão e informação e de formação do voto livre de vícios. Como um Estado Democrático de Direito, o Brasil exige que a escolha dos representantes

se dê em um ambiente em que estejam asseguradas a liberdade e a igualdade de voto.

A definição do corpo eleitoral também está ligada à autenticidade eleitoral. A exclusão de determinados grupos sociais do direito de votar e ser votado não encontra guarida em um sistema democrático. O adjetivo “universal” que acompanha o voto, e que já teve significado muito distinto no decorrer do processo histórico, há de incluir todos os indivíduos capazes.

Outra reivindicação derivada do princípio é a existência de um sistema de verificação de poderes que assegure a lisura do processo eleitoral, apreciando, conforme enumera León Duguit, quatro aspectos: a) se o eleito é elegível; b) se obteve o número de votos exigido por lei; c) se as operações eleitorais se desenvolveram de acordo com a lei; d) se houve algum vício durante o processo (1924, p. 249). No sistema brasileiro, a Justiça Eleitoral, definitivamente, desde 1945, reúne essas atribuições, juntamente com a competência jurisdicional e a competência administrativa. Embora sua competência (aqui no sentido ordinário do termo) administrativa seja irrefragável, não parece haver tanta adequação em relação à verificação de poderes e à sua função jurisdicional. Verifica-se, por vezes, uma aplicação seletiva da (já tão questionável) legislação eleitoral e suas decisões não apresentam coerência, não formam precedentes e não permitem uma previsibilidade em seus julgamentos. Além disso, com um autoalegado poder normativo – não previsto constitucionalmente –, a Justiça Eleitoral inova no ordenamento jurídico, muitas vezes em sentido fortemente antidemocrático.

Da autenticidade eleitoral, tomada como princípio constitucional estruturante do Direito Eleitoral, derivam três subprincípios. O primeiro deles se refere à “autenticidade” do voto. As aspas são necessárias para que se compreenda esta autenticidade em sua real dimensão. Não deve ser considerado autêntico apenas o voto imbuído de inquestionável espírito público, sob pena de uma visão perfeccionista que não se coaduna com o ideal republicano, elemento essencial do Estado brasileiro.

Em face do segredo do voto, direito fundamental irrenunciável, não é possível averiguar o sentido da escolha eleitoral e muito menos desvendar seus motivos. Tampouco é admissível fazer

uma leitura que categorize cidadãos, tratando respeitosamente apenas aqueles que, na visão de alguns, sejam capazes de decidir entre candidatos e programas políticos de maneira impessoal, crítica e reflexiva. É possível, ainda, afirmar a soberania do eleitor como soberano na decisão eleitoral. O eleitor não é – e não pode ser – chamado a justificar suas preferências. Em um Estado republicano, de soberania popular, se admite ao eleitor afirmar *sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas* (MANIN, 1998, p. 170).

Podem-se questionar as campanhas institucionais promovidas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em face do princípio da neutralidade dos poderes públicos. Esse, no entanto, não parece ser um ponto da agenda política brasileira, muito provavelmente em face da alta credibilidade que a jurisdição e a administração eleitorais gozam no Brasil.

Por outro lado, parece adequada a preocupação com os desvios na formação do voto, que ofendem sua liberdade. Assim, deve haver uma normatização (e sua efetiva aplicação pelo Poder Judiciário) em torno da influência indevida dos meios de comunicação que mais produzem que veiculam a produção da opinião em um coronelismo midiático que ofende a autêntica manifestação eleitoral. Se a violência, ao menos em grande parte do país, não é mais tão frequente como antes, o mandonismo mantém-se atuante. Mais grave é a utilização da propaganda institucional com fins eleitorais, que ofende não apenas os princípios eleitorais, mas também, de maneira direta, os princípios da administração pública. Outro instrumento digno de reflexão e preocupação legislativa e judicial é a pesquisa eleitoral, que atualmente no Brasil conta com um dos regimes jurídicos mais liberais. A sua aura de cientificismo e a falta de controle – ao menos para os leigos – de sua realização provocam desvios na manifestação do voto ao promover uma postura “tática” do eleitor para “não perder” o voto.

O princípio da autenticidade eleitoral também exige a veracidade do escrutínio, com o afastamento dos desvios na consideração dos votos dados. A legislação nacional tem se aperfeiçoado neste sentido e o sistema eletrônico de votação e apuração é exemplo para muitos países. Desde sua implantação, no entanto, há questionamentos a respeito da confiabilidade de um sistema que não conta com o substrato material do voto, o que impediria auditorias e recontagens dos votos. Possivelmente,

esse seja o principal fator da não adoção das urnas brasileiras pela maioria dos países.³

A Lei nº 10.408/2002 instituiu a exigência de mecanismo para a impressão do voto pela urna eletrônica, para conferência visual e depósito em urna acoplada, sem contato manual. Segundo dados do TSE, cerca de sete milhões de eleitores votaram em urnas com impressoras em 2002. O tribunal apontou os seguintes problemas relacionados ao voto impresso – demora para votar, desinteresse dos eleitores pela recontagem dos votos, grande número de panes nas impressoras das urnas eletrônicas por travamento do papel dentro do equipamento, alto custo de implementação e possibilidade de tentativa de fraude por meio da porta de conexão da impressora.⁴

Em seguida às eleições de 2002, foi apresentado projeto de lei para afastar essa exigência, o que acabou ocorrendo com a Lei nº 10.740/2003, que impõe o registro digital de cada voto, resguardando o anonimato do eleitor. No entanto, a Lei nº 12.034/2009 prevê, novamente, a adoção do voto impresso e a auditoria de dois por cento das urnas eletrônicas ao final da votação, com a contagem dos votos impressos e sua comparação com o boletim de urna. Esta mesma lei prevê a possibilidade de identificação biométrica, mas impõe que a máquina de identificar – seja pela impressão digital, seja pelo nome ou número do título de eleitor – não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica.

As autoridades do Tribunal Superior Eleitoral se manifestaram contrariamente a esta implementação, afirmando configurar um

³ Este foi o argumento apresentado nas Jornadas Internacionales sobre Voto Electrónico, ocorridas em Salta, Argentina, em abril de 2011. As províncias argentinas estão desenvolvendo modelos de máquinas de votação, e, embora algumas tenham experimentado urnas brasileiras, parecem estar mais tendentes a adotar máquinas que contem com o substrato material. Nas eleições providenciais de Salta, utilizaram-se em alguns locais máquinas que imprimem o voto. A cédula em branco é entregue pelas autoridades de mesa (que incluem cidadãos nomeados e também representantes dos partidos políticos) ao eleitor, que se dirige à máquina e escolhe seus candidatos em uma tela sensível ao toque. Depois coloca a sua cédula na máquina, que imprime a escolha do eleitor. A cédula impressa é dobrada e depositada em uma urna convencional. No final da votação, as cédulas são retiradas da urna pelas autoridades de mesa e passam pela mesma máquina, que as conta e totaliza os resultados, gerando uma ata que é transmitida para a totalização geral.

⁴ Disponível em: <<http://www.youtube.com/user/justicaeleitoral?feature=mhum#p/search/5/VKcJoMZHUmo>>. Acesso em: 6 set. 2011.

retrocesso do sistema, além de incrementar o custo da eleição.⁵ O Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais também se manifestou contra a adoção do voto impresso, afirmando a possibilidade de quebra do sigilo do voto, a possibilidade de fraudes e, novamente, o custo elevado. Por deliberação deste órgão, houve a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra esses dispositivos legais pela Procuradoria Geral da República (ADI 4543).⁶

Não parecem adequadas, no entanto, as ressalvas levantadas contra o voto impresso. O custo nunca foi argumento válido contra as inovações em matéria de administração eleitoral, como bem demonstram a adoção da urna eletrônica e o cadastramento do eleitorado pela biometria. Aliás, ao contrário: a utilização da identificação biométrica, com custo absolutamente elevado para o cadastramento de 135.534.551 eleitores, não se justifica em face das fraudes – diminutas – na identificação do eleitor.

A questão do sigilo do voto levantada pelas autoridades eleitorais tampouco parece merecer prosperar. Primeiramente porque, como foi realizado com a urna eletrônica nas primeiras eleições, é possível capacitar o eleitor para a compreensão do novo sistema e da necessidade de confirmar o voto mais uma vez. Em segundo lugar, porque a identificação digital do voto já ocorre na urna, com a conexão, ao menos física, entre o microterminal onde é digitado o título de eleitor e o terminal do eleitor, onde o voto é digitado.

Tampouco deve ser considerada a possibilidade de fraude por meio da porta de conexão da impressora, pois se a urna eletrônica for assim vulnerável não merece credibilidade em relação aos seus demais componentes. Igualmente, não me parece um argumento consistente o fato de que não houve pedidos de eleitores para a recontagem dos votos quando o sistema foi utilizado. O que parece essencial é permitir a auditoria posterior do escrutínio, o que com o atual sistema não existe.

Finalmente, em relação à autenticidade do escrutínio, há que se avaliar a atuação indevidamente protagonista da Justiça Eleitoral

⁵ Reportagem publicada na folha.com em 17 de setembro de 2009, com o título “para presidente do tse, voto impresso e doações ocultas são retrocessos”; disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/brasil/ult96u625499.shtml>>. acesso em: 6 set. 2011.

⁶ A ação foi proposta em 24 de janeiro de 2011 e autuada sob o número 4.543, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia. Não houve até o presente momento manifestação de cunho decisório.

que, por vezes, promove um terceiro turno nas eleições e decide, apesar da vontade popular, quem serão os mandatários. Não se nega o papel da Justiça Eleitoral como árbitro das eleições, mas sem substituir a decisão soberana do povo. Ainda que se reconheça que a linha entre a permissividade e a intromissão possa ser tênue, atualmente, a ação exacerbada do Poder Judiciário na arena eleitoral salta aos olhos. E, de igual forma, ofende o princípio da autenticidade eleitoral.

Um último aspecto referente à exigência de autenticidade diz respeito à fidedignidade da representação política, que impõe uma igualdade material do voto. Isso quer dizer que a Constituição exige – e isso vai se revelar com igual força em outro princípio – que haja a máxima consideração dos votos dados, que o direito de votar reflita no direito de ser representado. Assim, o sistema eleitoral informado pelo princípio proporcional tende a realizar esse princípio.

As condições de elegibilidade, as hipóteses de inelegibilidades e a previsão de incompatibilidades são outras expressões da imposição da autenticidade. As condições para o gozo do direito fundamental de concorrer às eleições são impostas pela Constituição e, me parece, não podem ser alargadas pelo legislador infraconstitucional. As hipóteses de inelegibilidade estão tanto na Constituição quanto na Lei Complementar nº 64/90 e suas alterações. Ainda que nem todas as hipóteses possam ser configuradas como sanção, a maioria delas assim se mostra. E todas se refletem como restrição a direito fundamental e, portanto, devem ser interpretadas restritivamente e não podem retroagir em nenhum caso sob pena de franca inconstitucionalidade.

Ainda como decorrência do aspecto do princípio da autenticidade eleitoral, há que ser analisada a possibilidade de coligações eleitorais para as eleições proporcionais, sem divisão das cadeiras obtidas pelo quociente partidário segundo a força de cada partido. Essa possibilidade permite a transferência da opção política do eleitor entre agremiações que, na maioria das vezes, não contam com ideologias compatíveis.

4 O princípio da liberdade para o exercício do mandato

O princípio constitucional da liberdade para o exercício do mandato, também estruturante do Direito Eleitoral brasileiro, é o segundo

pilar da justificação da construção e da aplicação das regras eleitorais. Sua configuração deriva diretamente do desenho constitucional de uma democracia deliberativa e da previsão do mandato representativo. A eleição é coletiva e a representação também o é – há uma relação entre o povo e o parlamento e o Poder Executivo, mas não parece ser possível vislumbrar uma relação do eleitor (ou de uma fatia determinada do eleitorado) com certo representante.

O estatuto dos congressistas e a não previsão constitucional de fidelidade e disciplina partidárias em sentido forte evidenciam essa decisão constituinte. Ainda que a liberdade não seja absoluta (como nenhuma o é) – pois a atuação do representante deve ter como conteúdo necessário e inafastável o interesse público –, a titularidade do mandato é do representante político, como o compreende Jorge Miranda (2003, p. 267-270). E o é no campo político e no campo jurídico.

Em face disso, pode-se questionar a constitucionalidade da apreciação conclusiva pelas comissões nas casas legislativas bem como do voto de liderança. Para Maria Garcia (1997, p. 65), o voto de liderança contraria a representação popular; para Nelson Jobim (1990, p. 140-141), reforça as lideranças partidárias; e para Fátima Anastasia, Carlos Ranufo Melo e Fabiano Santos (2004, p. 102-112), a votação nas comissões e o voto de liderança retiram o custo político das decisões dos parlamentares.

A partir do princípio constitucional da liberdade para o exercício do mandato, impõe-se o reconhecimento da vedação ao mandato imperativo, de caráter predominantemente privado e que não encontra espaço nas constituições ocidentais democráticas contemporâneas. A ausência de instruções não refere apenas à relação entre representantes e eleitores – o que se estabelece não apenas por questões principiológicas, mas também por motivos pragmáticos –, mas também àquela entre representante e partido político. Ante o desenho constitucional dos pilares do regramento do jogo democrático, não se vislumbra o mandato partidário, não obstante as manifestações equivocadas do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal neste sentido.⁷

Alguns autores defendem o mandato partidário no Brasil. De fato, do tempo das democracias de massa, os partidos políticos foram

⁷ Na resposta à consulta nº 1.398 e nos julgamentos dos mandados de segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604.

essenciais para o funcionamento da política, não apenas na seleção dos candidatos (função que mantêm até hoje), mas principalmente na aglutinação de cidadãos em torno de temas fundamentais e de posturas políticas determinadas, com forte identificação ideológica. Assim o trata Antonio Gramsci, que vê no partido o "novo príncipe", como intelectual coletivo capaz de reformar intelectual e moralmente a sociedade e fundar um novo tipo de Estado (1991, p. 6-7, 22 e 26). Tal visão, no entanto, não parece se coadunar com um novo modelo de sociedade e de democracia, uma democracia eleitoral (ABAL MEDINA, 2004, p. 69-93) ou de audiência (MANIN, 1998, p. 274-276).

O que se mantém por escolha do constituinte é o monopólio dos partidos para o registro de candidatos, não mais. Não parece possível reconhecer-lhes o monopólio da "produção e da imposição dos *interesses políticos instituídos*" (BOURDIEU, 2003, p. 168) sob pena de desprezar todo o debate social sobre o interesse público. A configuração constitucional de uma democracia com características deliberativas não permite tal extensão. Tampouco se pode sustentar – como se faz largamente – a indispensabilidade dos partidos políticos por questões instrumentais. A vantagem da existência dos partidos para a divisão do fundo partidário ou do direito de antena não pode transformar uma democracia com partidos em uma democracia de partidos ou uma democracia pelos partidos. O mesmo pode-se dizer do Estado brasileiro – é um Estado com partidos e não um Estado de partidos.

Em função da inconstitucionalidade da configuração de um mandato imperativo, vinculado a instruções do eleitorado ou do partido, e pela titularidade de o mandato ser do representante político – o que se pode confirmar pelo estatuto constitucional dos congressistas e pela possibilidade do representante renunciar ao mandato sem qualquer interferência do partido –, a decisão do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal que determina a perda de mandato por desfiliação partidária sem justa causa⁸ mostra-se completamente

⁸ Há que se ressaltar que o elenco de "causas justas" para a desfiliação partidária sem perda do mandato foi estabelecido pelo próprio Poder Judiciário em franca ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes (que é uma das cláusulas pétreas, que não podem ser alteradas sequer por um total consenso político e social no âmbito da Constituição de 1988) e duas delas em termos absolutamente abertos, o que permite uma aplicação seletiva – e sem muito ônus argumentativo – da inconstitucional perda de mandato.

divorciada de qualquer leitura da Constituição. Trata-se, em verdade, de uma mutação chapadamente inconstitucional.

5 O princípio da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas

O princípio constitucional da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas, derivado do princípio republicano, com forte viés da efetivação da igualdade e principalmente da igualdade eleitoral, reflete uma exigência do pluralismo político estabelecido como fundamento da República. Esse pluralismo, por certo, não se esgota em um pluralismo partidário, mas o exige e o presume. Àqueles que atacam o que chamam de multipartidarismo brasileiro, há de se ressaltar que a governabilidade não é um princípio constitucional estruturante. Não há um número mágico de partidos. Há, sim, formas de restringir a competição eleitoral, diminuindo a qualidade da democracia representativa.

A igualdade material em termos eleitorais impõe que as opiniões políticas compartilhadas pela sociedade, ainda que minoritárias, encontrem eco nos espaços de decisão política. A primeira consequência direta deste reconhecimento é a imposição do princípio proporcional na formação das casas legislativas. Dessa forma, o sistema eleitoral brasileiro para a composição da Câmara dos Deputados e dos parlamentos distrital, estaduais e municipais se ajusta a tal premissa e torna-se elemento constitutivo da ambiciosa democracia constitucional, como tal, inatingível até para o poder de reforma da Constituição.

Para Lilian Márcia Balmant Emerique (2006, p. 60), “o princípio da igualdade eleitoral assume um caráter constitutivo para a estruturação do sistema proporcional. E o dito sistema, por sua vez, deve ser encarado como um elemento fundamental para a caracterização do princípio democrático”. Para Reinhold Zippelius (1997, p. 299), “[...] faz parte da concepção básica de democracia que todos os possíveis interesses e opiniões tenham uma oportunidade de competirem entre eles e que procurem adquirir influência sobre a acção estatal”.

Como fórmula que traduz a vontade do povo em representação política, o sistema eleitoral se mostra como uma das decisões constituintes fundamentais. No caso brasileiro, privilegia-se o princípio proporcional, com ampla liberdade do eleitor em face do monopólio partidário de

apresentação de candidaturas, assegurando a escolha dos eleitos sem predeterminação da ordem dos candidatos.

Talvez o mais sério argumento contrário ao sistema proporcional, em face de sua fórmula eleitoral de distribuição de cadeiras, menos compreensível ainda quando se trata da distribuição das sobras e da possibilidade de coligações com transferência de votos, seja sua incompreensibilidade pelo eleitor. Isso, no entanto, não afasta as qualidades de um sistema que permite a convivência institucional da heterogeneidade da sociedade brasileira e que proporciona não apenas a representação das minorias, mas sua efetiva influência nas decisões políticas.

Tampouco parecem adequadas as tentativas de minorar essa potencialidade. A adoção de um sistema distrital misto não se harmoniza com o desenho constitucional da democracia brasileira. E isso se mantém mesmo quando o princípio proporcional é aplicado para mais da metade dos parlamentares. Basta afirmar que este modelo sempre aumenta o quociente eleitoral, exigindo mais votos para que um partido obtenha representação parlamentar. E a ênfase na defesa da governabilidade leva à proeminência do princípio majoritário, na linha do sistema mexicano, que não tem demonstrado resultados satisfatórios no desenvolvimento de uma democracia efetiva. Se há a possibilidade de reduzir o espectro de partidos com atuação política real, não se admitem as mudanças propostas.⁹

Há que se ressaltar, ainda, que a Comissão Afonso Arinos, conhecida como Comissão dos Notáveis, propôs em seu projeto a adoção de um sistema distrital misto, com predominância do princípio proporcional, no modelo alemão, com a determinação da distribuição das vagas entre os partidos pelo total de votos (FLEISCHER; BARRETO, 2008, 326-327). Esse sistema, criticado por Konrad Hesse (1998, p. 219-130), também foi objeto de tentativa de implantação na revisão constitucional de 1994, em uma ação do "núcleo conservador", conforme denominação de José Antonio Giusti Tavares (1994, p. 23). Parece-me, nesta linha, que a ideia de adoção do voto distrital no Brasil não se deslocou de uma parcela mais conservadora, vez que promove um congelamento das forças políticas.

⁹ Mostram-se, no entanto, favoráveis à adoção do sistema misto no Brasil Romano José Enzweiler (2008, p. 90), Marcus Vinicius Furtado Coelho (2006), Carlos Mário da Silva Velloso (1996, p. 17), Nelson Jobim (1991, p. 110), além de boa parte da imprensa brasileira (ver, por todos, a "reportagem" sempre seletiva da Revista Veja, "Como aumentar o peso do seu voto", da edição de 03 de setembro de 2011 (<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/como-aumentar-o-peso-do-seu-voto>)).

Além disso, os projetos que pretendem melhorar – ao menos esse é o discurso – o sistema político no Brasil estão na contramão das demandas democráticas. Enquanto se percebe a insuficiência dos meios clássicos institucionalizados para a manifestação política e a falência dos partidos como meios de interlocução entre os cidadãos e os órgãos de soberania, no Brasil, uma parcela da classe política busca não apenas fortalecer os partidos a partir de alterações normativas de constitucionalidade questionável, mas ainda diminuir, também por “decreto”, o número de partidos competitivos.

Outra medida, francamente inconstitucional, que se pretende implantar, é uma cláusula de desempenho. De maneira indireta – não para excluir ou extinguir partidos, mas para servir de critério para a distribuição das garantias constitucionais do financiamento público direto (pelo fundo partidário) e do acesso ao rádio e à televisão – essa cláusula, ainda que mitigada, vigorou entre 1996 e 2006. O artigo 13 da Lei nº 9.096/95 previa o “direito ao funcionamento parlamentar” ao “partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles”. E, pelos artigos 41, 48 e 49, distribuía o fundo partidário e o direito de antena separando os partidos que obtiveram aquele desempenho e os que não tiveram, em um cálculo bastante favorável aos partidos que alcançam o exigido pelo artigo 13. Em disposições transitórias, os artigos 56 e 57 determinavam a aplicação progressiva da divisão até as eleições de 1998 e até 2006. Em dezembro de 2006, no entanto, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 e de seus reflexos, nas ações diretas de inconstitucionalidade 1.351-3 e 1.354-8.

Qualquer artifício redutor do pluralismo é inaceitável, como afirma Orides Mezzaroba (2003, p. 97; 2008, p. 56). E as cláusulas de barreira ou desempenho tendem a fazer desaparecer a oposição e o debate plural das forças políticas, oligarquizando o sistema, assinalam Domingo García Belaunde e José F. Palomino Manchego (2000, p. 98). Para Wanderley Guilherme dos Santos (2007, p. 68, 86 e 109), tais cláusulas são “mecanismos para reduzir a competição e a representação político-partidárias”. Ainda que, como ocorre no texto constitucional português, não haja uma vedação expressa na Constituição brasileira, o

princípio fundamental do pluralismo político e o princípio constitucional da necessária participação das minorias vedam sua existência.

Há implícito em nossa democracia deliberativa e republicana o direito de oposição, e entendido segundo os ideais republicanos e democráticos. Assim, não se pode menosprezar a atuação das minorias nem buscar, em nome de uma pretensa governabilidade, a lenta exterminação dos partidos políticos menos expressivos. Não se pode negar as funções essenciais da oposição em uma democracia efetiva, como assinalam Lilian Márcia Balmant Emerique (2006, p. 269, 317, 240 e 251) e Clèmerson Merlin Clève (1993, p. 145-146).

6 O princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral

O princípio constitucional da máxima igualdade da disputa eleitoral é o quarto princípio estruturante do Direito Eleitoral brasileiro. E é quase intuitivo em face dos princípios republicano e democrático, além de estar presente nas configurações legais e constitucionais das regras da disputa eleitoral. Não obstante, é ainda o que mais se mostra ofendido na prática política brasileira.

Esse princípio é o que determina uma eleição livre e justa, a partir de uma campanha eleitoral sem desvios e abusos. A democracia, como aduz John Hart Ely (1980, p. 122-123), qualquer que seja sua definição, tem como elemento central a igualdade política, que deve se refletir no valor do voto, na representação (como já visto) e também na disputa eleitoral.

No Brasil, a preocupação com a desigualdade na disputa vem desde o Império, com a previsão de incompatibilidades. Deve-se ressaltar que o principal golpe normativo ao princípio veio pelo poder de reforma da Constituição. A Emenda Constitucional nº 16/97 feriu de morte o princípio, ao permitir, em flagrante ofensa à história republicana brasileira, a reeleição dos chefes do Poder Executivo (BARRETO, 1998, p. 3; ROCHA, 1998; TORELLY, 2008, p. 208 e 230). E fez pior essa "Emenda materialmente inconstitucional" (BONAVIDES, 2001, p. 345) ao não impor a necessidade de afastamento para concorrer ao mesmo cargo, criando uma situação de confusão entre chefe de Estado e da administração e candidato.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1997) mostra que a proposta original da reeleição impunha o afastamento do cargo para a campanha e que a possibilidade de permanência – referendada posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal em liminar na ação direta de inconstitucionalidade 1.805-1, decidida em 26 de março de 1998 – significaria uma inversão no princípio da igualdade entre os concorrentes, levando a “inculcar imbecilidade à norma jurídica”, “o mais rematado absurdo, a mais completa inconsistência, a mais radical estultice, a mais cabal incongruência da Lei Magna”.

Vale lembrar que o Direito Eleitoral brasileiro pressupõe a má-fé dos agentes públicos e dos candidatos, como comprovam os dispositivos constitucionais e legais. A inelegibilidade por parentesco, a proibição original da reeleição, o prazo de desincompatibilização, a reserva de lei complementar tratando de inelegibilidades com o elenco dos bens jurídicos protegidos, a previsão de condutas vedadas aos agentes públicos e as inelegibilidades e as incompatibilidades infraconstitucionais revelam esta presunção.

É em relação, primordialmente, ao princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral que se fundamentam as inelegibilidades inatas e as incompatibilidades. Busca-se pelo impedimento de concorrer às eleições e pela imposição do afastamento de uma posição de vantagem, garantir o equilíbrio no pleito. A maior parte das inelegibilidades – chamadas inelegibilidades cominadas – decorre de um comportamento desvalorado socialmente e se caracteriza como sanção. Essas inelegibilidades (como as trazidas pela Lei Complementar nº 135/2010, que tem um caráter francamente punitivo) estão mais proximamente relacionadas ao princípio da autenticidade eleitoral.

Outro ponto, extremamente sensível para as democracias de cunho liberal, é a tensão entre a liberdade de expressão e a igualdade na disputa. Se tratar de limites à liberdade de expressão é sempre complicado na atual configuração política,¹⁰ as restrições se impõem na campanha eleitoral em face do viés republicano que a informa (ou deve informar). Não basta a atuação do Estado em proteger a liberdade, há que se assegurar a efetiva participação de todas as vozes no debate político.

¹⁰ Vejam-se as reações constantes à instituição do Conselho de Comunicação Social como órgão auxiliar do Congresso Nacional, previsto no artigo 224 da Constituição, alegando tratar-se de censura.

É preciso, em face do sistema constitucional brasileiro, ver a liberdade de expressão sob um enfoque republicano, não como um mercado livre de ideias (SÁNCHEZ MUÑOZ, 2007, p. 234-244) ou como manifestação da autonomia individual, mas a partir de sua compreensão voltada, como afirma Owen Fiss (1986), à sua finalidade no regime democrático: fortalecimento do debate público e intensificação da autodeterminação coletiva. Com Carlos Santiago Nino (1996, p. 224), uma compreensão de atuação do Estado para a promoção do debate público e robusto é exigência de uma democracia deliberativa.

Assim se sustenta a regulação da propaganda eleitoral e o acesso aos meios de comunicação. Já se argumentou sobre a inconstitucionalidade da distribuição do direito de antena com base em uma cláusula de desempenho. Há que se ressaltar, ainda, que o domínio de determinados grupos em relação aos meios de comunicação social pode bloquear a comunicação dos demais, o que impõe, para Jônatas Machado (2002, p. 18 e 89-90), a correção das desigualdades comunicativas, a partir dos princípios da liberdade, da igualdade, da justiça e da reciprocidade. E, ainda, o “efeito silenciador da liberdade de expressão”, ressaltado por Owen Fiss (1996, p. 22), que decorre do conteúdo ou da diferença social entre os grupos ou indivíduos, e cala outros discursos.

A regulação da propaganda, no entanto, não pode servir para aniquilar o direito, com excessos em sua limitação ou sua proibição ampla, o que levaria a uma vantagem para o partido ou candidato já conhecido. Tampouco parece possível a regulação em âmbito municipal de campanhas estaduais (ou em âmbito estadual de uma campanha nacional) como aponta Guilherme de Salles Gonçalves (2008, p. 208).

Outro problema ainda sem solução no cenário nacional é a utilização indevida da publicidade ou propaganda institucional para a promoção de indivíduos ou de grupos políticos. Esse tema se aproxima da questão do abuso do poder político na disputa eleitoral, outro fator que desequilibra a disputa eleitoral. Aqui se impõe a neutralidade do poder público, que não pode beneficiar ou prejudicar nenhum dos concorrentes. Ao contrário do poder econômico, cujo uso é permitido sendo vedado seu abuso, em relação ao poder político qualquer uso é, por si, abusivo. Não há o que se falar aqui em potencialidade ou gravidade das circunstâncias. A noção de função e os princípios da administração pública, somados às condutas vedadas pela lei eleitoral, evidenciam que a proibição é absoluta.

Finalmente, coloca-se a questão do abuso do poder econômico como fator ofensivo à máxima igualdade na disputa eleitoral. A decisão legislativa pelo modelo misto de financiamento de partidos e campanhas eleitorais estabelece limites para doações de pessoas físicas e jurídicas, além de um sistema bastante frágil de fiscalização das contas.

Ainda que se mostre justificável o aporte de dinheiro público em face da função dos partidos e da importância da disputa eleitoral na configuração da democracia, sua divisão não pode ofender nem o princípio da máxima igualdade nem o da necessária participação das minorias. Não pode representar, com Joaquim José Gomes Canotilho (1999, p. 312-313), uma cláusula de diferenciação ou um “prêmio ao poder” e “uma tentativa camuflada da redução externa partidária e do próprio espectro político”.

Não parece possível, no entanto, adotar o financiamento público exclusivo em face da dimensão da autonomia pessoal envolvida na possibilidade de contribuir, ainda que de maneira regulada e limitada, para o desenvolvimento de um projeto político. Isso não se estende, no entanto, às pessoas jurídicas, que, a meu ver, não contam com essa autonomia. Uma alteração indicada para diminuir as desigualdades poderia ser a determinação de um limite máximo (e não relativo) para a doação de todos os indivíduos, para que o poder econômico dos doadores não possa desequilibrar por si o pleito.

Em relação à tênue fiscalização prevista pela Lei das Eleições, que inclui apresentações parciais de contas sem indicação de doadores e não vinculantes – ou seja, absolutamente inúteis –, não pode haver “ponderação” ou “sopesamento” na sua aplicação que, por vezes, esvazia os poucos comandos normativos capazes de coibir as condutas indevidas. Há que se recuperar o artigo 30 A da Lei nº 9.504/97 para aquém dos critérios subjetivos da proporcionalidade dos julgadores. Como afirma W. J. M. Mackenzie (1962, p. 169), “es más fácil perseguir por razón de inobservancias técnicas que por delitos substantivos” e como a legislação eleitoral tem exigências formais, “tan solo se necesita probar la sencilla proposición de que el dinero se ha gastado, no la obscura proposición de que se haya hecho de él un uso inmoral”. Assim, “la vigilancia y control por las autoridades públicas o por los partidos entre si se simplifican muchísimo”. E é a única maneira de aplicar a lei.

7 O princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral

O princípio constitucional da legalidade específica em matéria eleitoral deriva, diretamente, do princípio estruturante do Estado de Direito e da exigência da legalidade. Mas se caracteriza por uma exigência maior neste campo, assim como no âmbito do Direito Penal, do Direito Administrativo e do Direito Tributário. Nestes ramos do Direito, que se relacionam com a democracia, a liberdade e a propriedade, a preocupação com a elaboração das regras jurídicas é – e deve ser – muito mais enfática.

É possível falar-se, aqui, em uma reserva de lei do parlamento, como a reforçar essa exigência. Não se descarta a ressalva feita por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 1052) em relação à impropriedade de se falar em reserva de lei no Brasil, mas parte-se do pressuposto da necessidade inafastável da formação das normas eleitorais no parlamento e em um parlamento onde se garanta o debate público e robusto com todas as vozes da sociedade.

Isso pode parecer óbvio, mas o reforço da ideia é, infelizmente, necessário. Urge, no Brasil, estabelecer que a competência para estabelecer as regras do jogo democrático é do parlamento. E não, nunca, do Poder Executivo. Ainda menos do Poder Judiciário. É no “espaço de luta” do parlamento, como afirma Clèmerson Merlin Clève (1993, p. 48), é na discussão a portas abertas, que a democracia deve ser regulada. O parlamento, como “a mais completa expressão do pluralismo político” (BRITTO, 1997, p. 83), permite que esta regulação se legitime e assim promove a legitimação do exercício do poder político.

Salta aos olhos a inconstitucionalidade da atuação do Tribunal Superior Eleitoral na edição de suas resoluções. Essa autorreconhecida competência normativa não encontra eco na Constituição. Em face de seu desenho peculiar, a Justiça Eleitoral reúne competências administrativas, jurisdicionais e consultivas. Não mais. Não há sequer competência regulamentar, que, como aponta Joaquim José Gomes Canotilho (1999, p. 773-774), deve ser constitucionalmente fundada.

Tampouco é possível fundamentar-se na possibilidade de expedir instruções constantes do parágrafo único do artigo 1º do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), recepcionado pela nova ordem constitucional, e que

depois se repete na Lei dos Partidos Políticos (art. 61) e na Lei das Eleições (art. 105). Instruções não são regulamentos, como pode ser deduzido do texto constitucional que se refere a ambos os institutos quando prevê a competência dos ministros de Estado (artigo 87, parágrafo único, II). Há muito Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 381-383) apresentou o conceito de instruções: “regras gerais, abstratas e impessoais, de caráter prático, baixadas por órgãos da Administração Pública aos agentes públicos ou encarregados de obras e serviços públicos, prescrevendo-lhes o modo pelo qual devem pôr em andamento seus cometimentos”, ressaltando sua distinção em relação aos regulamentos porque se dirigem apenas aos órgãos da administração pública.

Não há, portanto, competência normativa reconhecida constitucionalmente à Justiça Eleitoral. Tampouco poder regulamentar. Ou seja, à Justiça Eleitoral não é atribuída sequer a possibilidade de criar normas secundárias. Apenas pode, para promover a fiel execução das leis eleitorais determinadas pelo parlamento, editar regras para os seus agentes. Sua atuação, para além disso, ofende frontalmente a Constituição.

Finalmente, o princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral reveste-se de um requinte específico, constante do artigo 16 da Constituição. Para evitar casuísmo e garantir a segurança jurídica, a lei eleitoral não pode se aplicar à eleição que ocorra em até um ano da sua entrada em vigor. Este subprincípio busca trazer estabilidade às regras eleitorais e tenta aperfeiçoar o processo eleitoral (FERREIRA, 1992, p. 29), assegurando “a inquebrantabilidade da isonomia nas regras do pleito” (DANTAS, 2004, p. 218). O objetivo desta previsão, segundo Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra (2009, p. 48), é evitar modificações legislativas que possam “desequilibrar a participação dos partidos e dos respectivos candidatos, influenciando, portanto, no resultado da eleição”.

O Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade 3.685, considerou “que o princípio da anualidade eleitoral integra o plexo de direitos políticos do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e os direitos dos próprios partidos” (MENDES et al., 2008, p. 796). Não obstante, frequentemente este princípio tem sido enfraquecido por uma leitura míope de seu texto. Em um total desrespeito à inteligência do texto

constitucional, há quem defende que a menção ao vocábulo “processo eleitoral” restringe a aplicação do dispositivo às regras processuais.

Aqui há argumentos em todos os sentidos. Nenhum deles, no entanto, coerentes com a intenção do princípio. Tampouco a seleção que por vezes o Poder Judiciário faz das reformas eleitorais extemporâneas, decidindo o que aplicar para a eleição vizinha. A discussão que foi travada em torno da Lei Complementar nº 135/2010, que alterou fortemente a Lei das Inelegibilidades, mostra a fragilidade deste dispositivo. Uma lei – inconstitucional por vários motivos – amplia as hipóteses e os prazos de inelegibilidades, inclusive em relação a fatos anteriores. Aplicada às eleições daquele ano (quatro meses após sua entrada em vigor), poderia afastar do pleito cidadãos que não se sabiam inelegíveis quando, por exemplo, se desincompatibilizaram, afastando-se de seus cargos públicos.

A única maneira de emprestar efetividade máxima ao comando constitucional é dando ao dispositivo uma interpretação ampla, que atinja todas as regras que alterem as condições de disputa. Assim, devem ser submetidas à anterioridade eleitoral todas as regras eleitorais que tratem de inelegibilidades, incompatibilidades, partidos políticos, coligações, sistema eleitoral, registro de candidatos, propaganda, arrecadação e aplicação de recursos, apuração de votos e ainda aquelas relativas às ações eleitorais.

8 Conclusão

A partir desses cinco princípios constitucionais, é possível construir os alicerces do Direito Eleitoral brasileiro, para permitir sua concretização como um sistema internamente coeso, racional, inteligível e conforme aos comandos constitucionais. Impõe-se pensar sistematicamente o conjunto das regras do jogo democrático, a fim de dar coerência e consistência à legislação e às decisões em matéria eleitoral, em nome do Estado de Direito e dos princípios da segurança jurídica e da confiança.

Não é possível deixar o ramo do Direito responsável pela efetivação dos princípios republicano e democrático sem as premissas que acompanham todos os demais âmbitos jurídicos. É descurar um dos valores mais caros à sociedade contemporânea. As regras do jogo

democrático devem estar em consonância com os valores constitucionais e como tais devem ser aplicadas.

O que se propõe com a expressão dos cinco princípios constitucionais eleitorais é evidenciar os fundamentos constitucionais da disputa eleitoral e trazer, para o legislador e para o julgador, um ônus argumentativo quando da sua atuação em âmbito eleitoral.

Referências

ABAL MEDINA, Juan. *La muerte y la resurrección de la representación política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, New York, n. 3, p. 572-581, 2005.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 [1986].

ANASTASIA, Fátima; MELO, Carlos Ranufo; SANTOS, Fabiano. *Governabilidade e representação política na América do Sul*. São Paulo: Ed. Unesp, 2004.

ATALIBA, Geraldo. Mudança da Constituição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 86, p. 181-186, abr./jun. 1988.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARRETO, Lauro. *Reeleição e continuísmo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

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

BOURDIEU, Pierre. A representação política. Elementos para uma teoria do campo político. In: _____. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 163-207.

BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: ZNT, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Eleições: abuso de poder*. Brasília: [s.n.], 2006.

DANTAS, Sivanildo de Araújo. *Direito eleitoral: teoria e prática do procedimento das eleições brasileiras*. Curitiba, PR: Juruá, 2004.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Direito fundamental como oposição política: discordar, fiscalizar e promover alternância política*. Curitiba, PR: Juruá. 2006.

ENZWEILER, Romano José. *Dimensões do sistema eleitoral: o distrital misto no Brasil*. Florianópolis, SC: Conceito Ed., 2008.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

FISS, Owen M. El efecto silenciador de la libertad de expresión. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* [Instituto Tecnológico Autónomo de México], Ciudad de México, n. 4, p. 17-27, abr.1996.

_____. *Free speech and social structure*. Yale Law School. 1986. Disponível em: <www.law.yale.edu/faculty/fisspublications.htm>. Acesso em: 20 maio 2009.

FLEISCHER, David; BARRETO, Leonardo. Reformas políticas y democracia en Brasil. In: ZOVATTO, Daniel; HENRÍQUEZ, J. Jesús Orozco (Coord.). *Reforma política y electoral en América Latina (1978-2007)*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México e Idea Internacional, 2008. p. 315-352.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo; PALOMINO MANCHEGO, José F. Barrera electoral. *Diccionario electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000. p. 97-101.

GARCIA, Maria. Democracia e o modelo representativo. In: GARCIA, Maria (Org.). *Democracia, hoje*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 41-82.

GONÇALVES, Guilherme de Salles. A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o 'dever' de respeito às posturas municipais. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luis (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2008, p. 205-241.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o estado moderno*. Tradução: Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991 [1949].

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte, MG: Ed. Fórum, 2011.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JOBIM, Nelson. Câmara dos Deputados como assembleia dos estados: voto distrital misto. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 98, p. 108-110, abr./jun. 1991.

_____. Partidos políticos e organização partidária. Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral, 1. *Anais...* Porto Alegre, RS: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, p. 138-147; 169-172.

MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MACKENZIE, W. J. M. *Elecciones libres*. Madrid: Tecnos, 1962 [1958]. p. 169.

MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Tradução: Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1998 [1995].

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, p. 5-14, 1997.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo: introdução*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007 [1979]. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008.

MEZZARROBA, Orides. O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea. In: _____. *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2003. p. 59-101.

_____. O partido político no Brasil: princípios constitucionais balizadores para criação e funcionamento. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luis (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2008. p. 45-60.

MIRANDA, Jorge. *Direito constitucional III: direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O processo eleitoral como instrumento para a democracia. *Resenha Eleitoral* [do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina], Florianópolis, v. 5, n.1, p. 65-83, 1998. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/carmen.htm>>. Acesso em: 24 nov. 2009.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte, MG: Ed. Fórum, 2010.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Governabilidade e democracia natural*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007.

TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

TORELLY, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: isonomia e república no direito constitucional e na teoria da constituição*. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO Carlos Mário da Silva (Coord.). *Direito eleitoral*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1996, p. 11-30.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Tradução: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 [1994].



SGI

SECRETARIA DE GESTÃO DA INFORMAÇÃO

Esta obra foi composta na fonte Frutiger LT Std 55 Roman,
corpo 11, entrelinhas de 14,5 pontos, em papel AP 75 g/m² (miolo)
e papel Cartão Supremo 250 g/m² (capa).

Estudos Eleitorais

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral apresenta ao prezado leitor o terceiro e último número da Revista Estudos Eleitorais de 2011, fascículo composto de cinco artigos:

- O voto eletrônico no Brasil – André Ramos Tavares e Diogo Rais Rodrigues Moreira
- Da inelegibilidade por rejeição de contas por parte de prefeitos municipais – Walber de Moura Agra
- A inserção política da mulher no Brasil: uma retrospectiva histórica – Joelson Dias e Vivian Grassi Sampaio
- Biometria e controle jurídico-social de fraude eleitoral – José Jairo Gomes
- Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta – Eneida Desiree Salgado

Como se observa, o teor dos artigos denota o esforço da EJE-TSE em dar cumprimento a sua missão de estimular a produção intelectual de textos científicos sobre a matéria eleitoral e disciplinas correlatas e promover o estudo, o debate e o amadurecimento das discussões alusivas a questões democráticas, partidárias e eleitorais. Ao atuar no desenvolvimento das abordagens históricas, do marco teórico e das avaliações práticas sobre cidadania, democracia e eleições, a Escola Judiciária do TSE reafirma seu empenho na valorização dos estudos eleitorais, incentivando a elaboração de novas contribuições nessa importante área do saber humano.



ISSN 1414-5146



9 771414 514001