REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319

REVISTA POPULUS

2019.1

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

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA
ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA
1ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, nº 150, CEP 41.745-901 – Salvador-BA
Tel.: (071) 3373-7445/7376

Presidente
Edmilson Jatahy Fonseca Júnior

Vice-Presidente
José Edivaldo Rocha Rotondano

Membros do Tribunal
Antônio Oswaldo Scarpa
Diego Luiz Lima de Castro
Freddy Carvalho Pitta Lima
Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer
Rui Carlos Barata Lima Filho

Procurador Regional Eleitoral
Cláudio Alberto Gusmão Cunha

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia
Freddy Carvalho Pitta Lima

Coordenadora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia
Amanda Bretas Machado

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabildade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.
Os artigos inéditos submetidos ao *double blind review* podem ser divulgados em outros meios após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial da Revista.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Escola Judiciária Eleitoral - nº 6, 2019.1 - . Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2019 -

Semestral

ISSN 2446-9319

1. Direito Eleitoral – Periódico. 2. Direito Constitucional. 3. Ciência Política. 4. Filosofia Política. 5. Sociologia Política.

I. Bahia. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Escola Judiciária Eleitoral.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

REVISTA POPULUS

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

Salvador
n.6, Junho 2019

REVISTA POPULUS
ISSN 2446-9319
Publicação semestral (junho e dezembro)
Linha editorial: Propiciar permanente reflexão acadêmica na seara do Direito Eleitoral e nas áreas do conhecimento que o circundam, como a Ciência Política, a Filosofia Política e a Sociologia Política, mediante a divulgação de artigos de juristas, cientistas sociais, filósofos, operadores do direito e acadêmicos, sobre temas que vicejam no cenário político-eleitoral.

EDITORES RESPONSÁVEIS
Dr. Jaime Barreiros Neto
M.ª Marta Cristina Jesus Santiago

CONSELHO EDITORIAL

Dra. Ana Carolina Fernandes Mascarenhas (BA)	Dra. Paula Veiga (Portugal)
Dr. Carlos Rátis (BA)	Dr. Paulo Fábio Dantas Neto (BA)
Dr. Dirley da Cunha Júnior (BA)	Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (CE)
Me. Fernando Leal (BA)	Dr. Ricardo Maurício Freire Soares(BA)
Dr. Ingo Wolfgand Sarlet (RS)	Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG)
Dr. Jaime Barreiros Neto (BA)	Dra. Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva (Portugal)
Dr. Jairo Nicolau (RJ)	
Dr. Jorge Miranda (Portugal)	Dr. Sérgio Silveira Banhos (DF)
Dr. José Ricardo Ferreira Cunha (RJ)	Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (DF)
Dra. Marilda de Paula Silveira (MG)	Ma. Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer (BA)
Ma. Marta Cristina Jesus Santiago (BA)	Dr.Wilson Alves da Silva (BA)

PARECERISTAS

Dra. Ana Cláudia Santano (PR)	Me. Josafá da Silva Coelho (BA)
Dr. Cláudio André de Souza (BA)	Dr. Júlio César de Sá da Rocha (BA)
Dr. Daniel Gustavo Falcão P. dos Reis (DF)	Ma. Lara Marina Ferreira (MG)
Dr. Daniel Oitaven (BA)	Dr. Maurício Requião (BA)
Dra. Denise Vitale (BA)	Ma. Michelle Pimentel Duarte (PI)
Me. Diogo Assis Cardoso Guanabara (BA)	Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva (BA)
Dr. Domingos Barreto de Araújo (BA)	Dra. Roberta Maia Gresta (MG)
Dra. Elaine Harzeim Macedo (RS)	Me. Rogério Carlos Born (PR)
Dra. Eleonora Schettini M. Cunha (MG)	Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG)
Dr. Frederico Franco Alvim (SP)	Dra. Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva (Portugal)
Dr. Gabriel Marques da Cruz (BA)	
Dra. Giovana Reis Mesquita (BA)	Me. Volgane Oliveira Carvalho (PI)

Capa
Felisberto da Silva Bulcão Filho

Editoração e projeto gráfico
Lia Mônica Borges Peres Freire de Carvalho
Camila Guerra
Fernanda Guimarães

Revisão e normalização técnica
Elizabete Sales Pereira
Jeane Silva de Carvalho

Tiragem deste número: 200

SUMÁRIO

CAPÍTULO I
ARTIGOS E ENSAIOS DE CONVIDADOS

DIETER NOHLEN

El Sistema Electoral Alemán. Su análisis y función de modelo en procesos de reforma electoral.....**11**

JORGE MIRANDA

A eleição e a democracia representativa.....**31**

MANUEL MAROTO CALATAYUD

Una democracia nada perfecta: continuidades en la financiación de los partidos españoles desde la transición política a nuestros días.....**51**

MARIA BENEDITA PIRES MALAQUIAS URBANO

A nova vaga dos sistemas eleitorais compostos ou combinados. O sistema de representação proporcional personalizada.....**75**

PAULO FERREIRA DA CUNHA

Direitos Humanos & Constituição. Breve reflexão a partir da Constituição da República Portuguesa **97**

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

O Estado Federal Brasileiro: uma abordagem crítica..... .....**105**

CAPÍTULO II
ARTIGOS SUBMETIDOS AO *DOUBLE BLIND REVIEW*

JANIERE PORTELA LEITE PAES

Sufrágio e voto no Brasil: direito ou obrigação?.....**117**

NICOLE GONDIM PORCARO

Paridade de gênero na política: aprofundamento da democracia e realização dos direitos fundamentais da mulher..... **135**

PEDRO HENRIQUE FIALHO

Da (in)aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 a fatos anteriores à sua publicação à luz do recurso extraordinário nº 929.670/DF..... **161**

RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO, JÉSSICA TELES DE ALMEIDA E REGIANA PEDROSA ALVES

A destinação do fundo especial de financiamento de campanha e do fundo partidário às candidatas eleitas ao cargo de deputada estadual do Ceará nas eleições de 2018: análise da ADI nº 5617 (STF) e da Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000 (TSE)..... **183**

RUY NESTOR BASTOS MELLO

O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle das restrições normativas à elegibilidade nos sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal..... **205**

VOLGANE OLIVEIRA CARVALHO

Responsabilidade civil, danos à pessoa e candidaturas femininas: contribuições para o reconhecimento do dano decorrente do desrespeito aos direitos políticos passivos das mulheres..... **249**

CAPÍTULO III
MEMÓRIA

JOAQUIM FRANCISCO DE ASSIS BRASIL

Do voto e do modo de votar..... **283**

APRESENTAÇÃO

Em continuidade à sua missão de difundir a cultura jurídica e estimular a produção científica, especialmente às vinculadas aos temas de Direito Político, o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, por intermédio da sua Escola Judiciária Eleitoral, oferece ao público o sexto número da Revista Populus, o qual apresenta, em continuidade ao trabalho realizado nos seus últimos números, artigos acadêmicos de excelência, produtos do estudo e da dedicação intelectual de referenciados juristas brasileiros e estrangeiros.

Neste sexto número, a Revista Populus conta, mais uma vez, com sessão específica de artigos de autores convidados, do Brasil e do exterior, os quais têm contribuído, decisivamente, para o incremento dos estudos da Ciência Política e do Direito Eleitoral, em um especial momento histórico em que se renova o debate em torno de uma reforma político-eleitoral no Brasil.

Em conformidade com os critérios de avaliação estabelecidos pela CAPES para a classificação de revistas acadêmicas, o sexto número da Revista Populus também apresenta um conjunto de trabalhos inéditos, selecionados em virtude da qualidade apresentada, com a observância da metodologia do *double blind review.*

Em sua sessão de memória, por sua vez, a Revista Populus apresenta também a publicação de pioneiro trabalho escrito por Assis Brasil, em 1895, sobre a importância do voto, revelando, assim, sua vocação para a disseminação do conhecimento histórico relativo às instituições e institutos fundamentais da democracia.

Uma boa leitura a todos!

Des. Edmilson Jatahy Fonseca Junior
Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia

Juiz Freddy Pitta Lima
Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Artigos e Ensaios de Convidados

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

EL SISTEMA ELECTORAL ALEMÁN. SU ANÁLISIS Y FUNCIÓN DE MODELO EN PROCESOS DE REFORMA ELECTORAL [*]

O SISTEMA ELEITORAL ALEMÃO. SUA ANÁLISE E FUNÇÃO COMO MODELO EM PROCESSOS DE REFORMA ELEITORAL

THE GERMAN ELECTORAL SYSTEM. THEIR ANALYSIS AND FUNCTION AS MODEL IN THE PROCESS OF ELECTORAL REFORM

Dieter Nohlen [**]

RESUMEN

Este estudio final se dedica en especial a dos países por dos razones diferentes. La primera razón se refiere al caso de Alemania, cuyo sistema electoral es percibido a nivel internacional —y no tanto en la misma Alemania— como modelo en el que pueda inspirarse una reforma electoral. Al mismo tiempo, existe un sorprendente desconocimiento sobre su funcionamiento y su clasificación, lo que genera confusión en los debates de reforma electoral que se refieren a él, dado que cada participante asume su propia definición del sistema alemán. Tampoco se conoce bien el debate en la misma Alemania y la reforma del sistema que se produjo últimamente, muy determinada en sus dimensiones conceptuales por el Tribunal Constitucional Federal. La segunda razón se refiere al caso de España y reside en que este país tiene un sistema electoral muy común, o sea similar ("comparable") a varios otros países (y también al interior del Estado de autonomías respecto a las asambleas autonómicas), y actualmente debate una reforma del sistema electoral con referencia al sistema alemán. Esta situación constituye una buena oportunidad para un ejercicio de comparación de dos sistemas electorales más detallada y de comprobación de experiencias del sistema alemán en su país de origen así como de probables efectos en otro contexto. Esto puede cambiar el balance de virtudes y debilidades del sistema alemán y, por consiguiente, de una reforma en forma de transplante.

1. EL SISTEMA ELECTORAL ALEMÁN Y SU REFORMA

No parece fácil entender el sistema electoral alemán. A veces tengo la impresión que hay tantos sistemas electorales alemanes como comentarios que a él se refieren. Sin embargo, esta situación no es tanto el resultado de la complejidad del sistema, aunque —como vamos a ver— no es tan sencillo como, por ejemplo, el español, dado que intenta cumplir a la vez con las tres funciones básicas de sistemas electorales mencionadas anteriormente. Es más bien el resultado de abordar teóricamente este sistema que combina elementos de diferente índole: combina el voto uninominal con el plurinominal, la circunscripción uninominal con la plurinominal, el principio mayoritario con el proporcional, cada uno con su específica función sistémica. Los alemanes especialistas abordan este sistema según su tra-

[*] Este texto é o último capítulo do livro *Gramática de los sistemas electorales: una introducción a la ingenieria de la representación,* publicado pelo Editorial Técnos, Madrid, 2015. p.145-162.

2 [**] Professor Doutor Emérito de Ciência Política da Universidade de Heildeberg.

dición proporcional como sistema plurinominal-proporcional, tomando como criterio clasificatorio el efecto que tiene el sistema sobre la composición del parlamento (el *Bundestag*): se impone la proporcionalidad entre votos y escaños. Es por eso que lo denominan «sistema proporcional personalizado» (y no sistema mayoritario proporcionalizado que sería una tontería). Su denominación en alemán significa: dentro del sistema proporcional se permite un voto uninominal. Esto trae consigo que se aplica la regla decisoria mayoritaria para los candidatos que concurren en las circunscripciones uninominales, mecanismo para determinar una parte de los miembros de un grupo político en el parlamento en caso de que el respectivo partido político sea capaz de ganar escaños uninominales.

El mundo anglosajón, en general, aborda el sistema alemán a partir de su tradición mayoritaria y de su propio sistema electoral, que es uninominal-mayoritario. Observan que en Alemania se añaden a las circunscripciones uninominales una igual cantidad de escaños plurinominales. En esto reside su idea que el sistema sea "mixto", al considerar la existencia de circunscripciones uninominales y plurinominales[3]. Además, los especialistas anglosajones piensan que las circunscripciones pluripersonales tendrían la función de compensar las distorsiones originadas a nivel de las circunscripciones uninominales. Por eso, llaman el sistema electoral alemán a menudo "*additional member system*" (los escaños proporcionales figuran como los añadidos) o "*compensatory system*".[4] Recién, después de que Nueva Zelanda introdujo el sistema alemán, nombrándolo "*mixed-member-proporcional*" (MMP)-*system*[5], en el mundo anglosajón se denomina al sistema alemán también según su copia: "*mixed-member-proporcional"-system* o (más corto) "*mixed member"system.* La óptica angloamericana no tendría mayor importancia si no albergara y divulgara un malentendido sobre el funcionamiento del sistema electoral alemán.

Repito: El sistema de la representación proporcional "personalizado" aplicado en las elecciones al *Bundestag* (que se ha venido empleando de modo similar, aunque con muchas variantes técnicas, en las elecciones a los *Landtage* [parlamentos de los Estados miembros] de los *Länder* (Estados federados) intenta combinar la regla decisoria mayoritaria con el principio de la representación proporcional, puesto que aplica la fórmula decisoria de la mayoría relativa para la mitad de los diputados y en escala de circunscripciones uninominales, mientras que para la distribución de la totalidad de los escaños (incluidos los escaños uninominales) rige la representación proporcional en sus dos sentidos: como regla decisoria y principio de representación.

A continuación vamos a describir el sistema electoral alemán en su funcionamiento preciso, antes y después de la reforma del 9 de mayo de 2013. Luego indagamos algunos de los argumentos que llevaron a esta reforma, destacando

3 RAE, D. W. *The Political Consequences of Electoral Laws*. 2.ed. New Have, Londres: Yale University Press, 1971.

4 V. por ejemplo: IRVINE, W.P. 'Additional-Member' Electoral Systems. En: LIJPHART, A.; GROFMAN, B. (Eds.) *Choosing an Electoral System: Issues and Alternatives*. Nueva York: Praeger, 1984. p. 165-177; ROSE, R. (Ed.). *International Encyclopedia of Elections*. Washington D.C.: Congressional Quarterly, 2000.; SHUGART, M.S. /WATTENBERG, M. (Eds.). *Mixed-Member Electoral Systems: The Best of Both Worlds*? Oxford: Oxford University Press, 2001.; GALLAGHER, M.; MITCHELL, P. *The Politics of Electoral Systems*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

5 V.: REPORT of the royal commission on the electoral system: *towards a better democracy*. Wellington, N.Z.: V.R. Ward, Govt. Printer, 1986.

sobre todo el rol que ha jugado el Tribunal Constitucional Federal en el proceso de reforma. Finalmente, intentaremos una evaluación de la reforma en mira también a su carácter de sistema electoral modelo.

1.1. EL SISTEMA ALEMÁN ANTES DE LA REFORMA

Presentamos el sistema alemán como tipo de sistema electoral, dejando de lado que técnicamente ya no se lo aplica en Alemania en esta forma. Según la ley electoral, la Dieta Federal (*Bundestag*) consta de 598 miembros. El país se divide en 299 circunscripciones uninominales y en 16 circunscripciones plurinominales que corresponden a los Estados federados (*Länder*). Cada elector dispone de dos votos: el primero (*Erststimme*) para la elección directa de un diputado en las circunscripciones uninominales por mayoría relativa; el segundo (*Zweitstimme*) para votar por una lista cerrada y bloqueada de partido a escala de los *Länder*. Este segundo voto determina cuántos diputados envía cada partido a la Dieta Federal (*Bundestag*). Para este cálculo de distribución proporcional, se suman los segundos votos que los partidos han conseguido a nivel de las circunscripciones plurinominales, y se tiene únicamente en consideración el porcentaje de votos de los partidos a escala nacional. Para atribuir estos escaños se toma en cuenta sólo a aquellos partidos (con la excepción de los partidos de minorías nacionales), que hayan obtenido al menos el cinco por ciento de los votos a nivel nacional o tres escaños en las circunscripciones uninominales. La composición partidista del *Bundestag* es determinada mediante una doble utilización de la fórmula de conversión de votos en escaños que es el método Sainte Laguë/Schepers. La primera operación ya mencionada se refiere a la distribución de los escaños a los partidos a nivel nacional. Por medio de la segunda operación se reparten los escaños ya asignados a cada partido a nivel nacional entre sus distintas listas plurinominales a nivel de los *Länder.* Una vez determinado el número de escaños que corresponden a cada partido en cada *Land*, se sustraen los escaños obtenidos en las circunscripciones uninominales (mandatos directos) en cada *Land,* es decir, éstos se restan del número de escaños adjudicados a las listas de partidos plurinominales. Si el número de escaños conseguido por un partido en las circunscripciones uninominales con los primeros votos sobrepasa la cantidad que corresponde a las listas plurinominales por los segundos votos, los partidos conservan estos escaños excedentes (*Überhangmandate*), aumentándose transitoriamente el número total de diputados en el *Bundestag*.

La descripción del sistema electoral alemán da por entender que en primer lugar es proporcional. La composición del *Bundestag* no puede resultar no-proporcional. Y esta proporcionalidad se establece en el inicio mismo de calcular y conformar el resultado electoral en base a los votos entregados. La proporcionalidad no resulta ser algo añadido, tampoco resulta ser compensatorio. Y excluye a nivel de los principios de representación lo mixto. Lo que sí se combinan son elementos que se perciben como antitéticos (circunscripciones uninominales *versus* plurinominales, voto uninominal *versus* de lista cerrada y bloqueada, principio mayoritario *versus* proporcional), todos y cada uno con funciones específicas en una estructura básica de sistema de representación proporcional.

1.2. EL SISTEMA ALEMÁN REFORMADO

Con la reforma del sistema electoral del 9 de mayo de 2013, los elementos claves del sistema quedaron sin variar. Sigue siendo un sistema combinado de representación proporcional. No cambia el número de miembros del *Bundestag* (598). El país sigue dividido en 299 circunscripciones uninominales y en 16 circunscripciones plurinominales. Los electores continúan disponiendo de dos votos: el primero para los candidatos en las circunscripciones uninominales por mayoría relativa; el segundo voto para votar por una lista cerrada y bloqueada de partido a escala de los *Länder*. Y este segundo voto sigue determinando cuántos diputados envía cada partido al *Bundestag*. Sin embargo, se ha fortalecido aún más el carácter proporcional del sistema, añadiendo a la proporcionalidad en las circunscripciones plurinominales (que equivalen a los *Länder*) otra a nivel nacional de tipo compensatorio para conseguir la más alta proporcionalidad entre votos y escaños.

Primero, la proporcionalidad se genera a nivel de los *Laender*, dado que estos constituyen ahora verdaderas circunscripciones electorales plurinominales, a las que se asignan los 598 escaños (mitad uninominales, mitad plurinominales) según el criterio de la población, y luego distribuyen los escaños por partido en una primera operación de distribución proporcional de ellos. Se suprimió entonces la conexión de las listas de partidos entre diferentes *Laender* que era la base inicial del sistema alemán de la distribución proporcional de los escaños antes de la reforma. Para la repartición proporcional se aplica el método Sainte Laguë/Schepers, sin compensar ya a nivel de las circunscripciones plurinominales posibles escaños excedentes (*Überhangmandate*). Este primer cálculo de conversión de votos en escaños determina el número mínimo de escaños al que tiene derecho un partido a este nivel plurinominal, su suma por partido de todas las circunscripciones plurinominales indica así el «derecho a escaños» (*Sitzanspruch*) de los partidos a nivel nacional.

Segundo, la proporcionalidad se perfecciona a nivel de la Federación en base a la suma de los votos que han recibido los diferentes partidos en todo el país, aplicando de nuevo el método Sainte-Laguë/Schepers. A diferencia del arreglo anterior a la reforma, se compensan ahora los escaños excedentes. Además se trata de integrar el «derecho a escaños» de los partidos en la proporcionalidad entre votos y escaños a nivel nacional para lo que se aumenta el número de los escaños del *Bundestag* hasta que se consigue la más exacta proporcionalidad. El número total de escaños del *Bundestag* se determina prácticamente en base al partido político que demuestra la más alta cantidad de «derecho a escaños» en relación a los escaños que hubiera recibido en base a la proporcionalidad nacional. Cuanto más alta la diferencia, que emana de la adaptación de los diferentes puntos de referencia en los procesos de distribución de los escaños (primero a los *Laender*: población, segundo a los partidos: votos), mayor es el aumento de escaños para compensarla proporcionalmente. Así, en las elecciones de 2013, el número de escaños del *Bundestag* aumentó de 598 a 630.

1.3. RAZONES DE LA REFORMA

Respecto a las razones de esta reforma, hay que distinguir entre una razón inicial y otras que se sumaron en el proceso mismo de la reforma. La razón inicial

consistía en el efecto no intencionado del sistema, el valor de logro inverso, posible producto del cálculo de repartición de los escaños relacionado con los escaños excedentes no compensados. Consiste en que el aumento en segundos votos de lista hubiera podido llevar a una pérdida en escaños de la respectiva lista de partido del Estado miembro, o a que una pérdida en votos de lista hubiera ocasionado un aumento en los escaños de un partido. El Tribunal Constitucional Federal sentenció el 3 de julio de 2008 que este efecto era inconstitucional y obligó al legislador a establecer una regulación compatible con la Constitución[6]. Esta necesaria reforma abrió un debate electoral general que incluía otras posibles reformas, incluso alternativas al tipo de sistema, pero principalmente dirigidas a eliminar la desproporcionalidad originada por la no-compensación de los escaños excedentes[7]. Una primera reforma, legislada por el gobierno de coalición entre la Democracia Cristiana y los Liberales, que se restringió a reducir el efecto no-deseado, fue también declarada inconstitucional, entre otras razones por no limitar suficientemente a los escaños excedentes, cuyo número era previsible de aumentar debido a la mayor fragmentación del sistema de partidos, y por no incluir a la oposición política en la toma de decisión al respecto. Esta última condición, implantada por el Tribunal Constitucional Federal —aunque el sistema electoral alemán en su origen tampoco había sido acordado por consenso— iba a favorecer la compensación de los escaños excedentes como elemento clave de la reforma electoral de 2013 que era un postulado de la Socialdemocracia y de Los Verdes.

1.4. LA INJERENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Como se observa, en la República Federal de Alemania la cuestión del sistema electoral ha pasado de ser de hecho una cuestión de teoría política (enfocada en saber cuál es el mejor sistema para el desarrollo de la democracia en un determinado país) y una cuestión de poder (decidida políticamente en consonancia con las mayorías parlamentarias) a una cuestión de derecho. En primer lugar, el Tribunal Constitucional Federal se adjudica la última palabra en relación al sistema electoral. Este poder judicial es internacionalmente poco común, es singular. En segundo lugar, este Tribunal aplica los principios del sufragio y el principio general de la igualdad de la Ley Fundamental al sistema electoral. Pide que en el sistema de la representación proporcional personalizada tenga que garantizarse no sólo el valor numérico de los votos, sino también su valor de logro.

Esta postura es bien cuestionable. Por un lado, aplica sin más los principios del sufragio que determinan el derecho de elegir y de ser elegido, contundentemente al sistema electoral (la transformación de votos en escaños), cuya función es justamente variar a través de sus tipos y arreglos individuales implícitamente el valor de logro de los votos. Sólo en el caso de la representación proporcional pura la finalidad es la igualdad de valor de logro de los votos. El Tribunal Constitucional Federal, al traspasar el postulado de la igualdad del valor de logro al sistema de

6 V.: NOHLEN, D. La reforma necesaria al sistema electoral alemán: el principio de igualdad de logro del voto como idée fixe en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 3 de julio de 2008. En: *Justicia Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Tercera Época, vol. 1, núm 4, México, p. 33-62, 2009.

7 V.: STROHMEIER, G. (Ed.). Wahlsystem reform. (Reforma del sistema electoral). Baden-Baden: Nomos, 2009.; *POIER, K.* (Ed.). *Demokratie im Umbruch: Perspektiven einer Wahlrechtsreform. (*Democracia en transición. Perspectivas de una reforma electoral). Vienna: Böhlau Verlag Wien, 2009.

representación proporcional personalizada, lo aplica equivocadamente a otro tipo de representación proporcional. Por otro lado, el Tribunal más alto de Alemania subestima los demás factores que influyen en la relación entre valor numérico y valor de logro de los votos. No se autocontiene inteligentemente al respecto, como lo hace la Corte Constitucional Austríaca, ni toma en cuenta bien el rechazo decidido de esta Corte de adherirse al postulado de velar legal y jurídicamente por la igualdad del valor de logro de los votos, por considerar que no corresponde a su función ni está a su alcance[8].

1.5. EL SISTEMA ELECTORAL REFORMADO EN SU DIMENSIÓN DE MODELO

Con la reforma de 2013, el sistema electoral alemán mantiene sus elementos claves. Se ha fortalecido su carácter proporcional, lo que se destaca más que antes por el proceso compensatorio introducido para equilibrar proporcionalmente no solo los escaños excedentes, sino también diferencias en el grado de proporcionalidad entre votos y escaños para los partidos que sobrepasaron la barrera legal del cinco por ciento.

El sistema alemán mantiene también su rol de modelo. Y es interesante observar que el interés por el sistema alemán se cultiva tanto en países que aplican un sistema de representación por mayoría, pues piensan en el criterio de la proporcionalidad que el sistema alemán combina con el voto personal, como en países que usan un sistema proporcional que piensan en el criterio de la participación (como fue definido más arriba) que el sistema alemán combina con la proporcionalidad. Es en estas virtudes que se fundamenta precisamente lo modélico del sistema alemán cuando se refieren a él en los debates sobre reforma electoral en el mundo. Sin embargo, con la reforma de 2013 se perdió —en su aplicación en Alemania— otra de sus virtudes, la sencillez. El cálculo de la proporcionalidad es extremamente complejo, y casi imposible de entender en base al texto legal. Nadie capta fácilmente el mecanismo de compensación, ni entiende por qué el partido más votado y con escaños excedentes puede ganar más escaños en la compensación proporcional a nivel nacional. Una seria desventaja es el aumento de los escaños del *Bundestag*, totalmente dependiente del comportamiento electoral. Sin embargo, pensar en el modelo alemán para reformas electorales no significa extenderlo a mecanismos técnicos que no convencen.

2. LA REFORMA DEL SISTEMA ELECTORAL ESPAÑOL Y EL MODELO ALEMÁN

Antes de entrar en el tema, el análisis del sistema electoral español con mira a reformas y opciones, parece conveniente recordar consideraciones anteriores mías en relación al alcance de los sistemas electorales como fenómeno institucional. A veces se les adjudica una enorme importancia, haciendo depender de ellos el destino mismo de un país. En términos generales, los sistemas electorales cuentan, pero de manera relativa y en un ámbito bien determinado. La investigación empíri-

8 V.: NOHLEN, D. Die Politik des Sonderwegs: wahlsysteme als rechtsfrage.(La política del camino propio: sistemas electorales como cuestión de derecho). En: *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts,* v. 62, 2014. p. 11-32.

ca-cuantitativa[9] ha llegado a la conclusión de que los sistemas electorales influyen fuertemente en el grado de proporcionalidad de los resultados electorales, pero no tanto en la estructuración de los sistemas de partidos políticos, como sostiene la sabiduría convencional (*conventional wisdom*) sobre la materia. Sin embargo, la corriente empírica-cualitativa[10] mantiene la idea de que los sistemas electorales constituyen el factor más eficiente para interferir conscientemente en el funcionamiento del sistema de partidos y en la gobernabilidad democrática. Pero a veces adjudican a otros factores políticos, económicos, sociales, culturales una similar importancia y, además, una importancia como factores de contexto que intervienen fuertemente en la influencia que ejercen los sistemas electorales sobre los sistemas de partidos[11]. Frente a estos resultados de la investigación empírica comparativa es desmesurado hacer depender del sistema electoral todo lo que se observa críticamente en el ámbito político. Recién leí un artículo de un sociólogo español que formuló "*Una teoría de la clase política española*", de "élites extractivas", para explicar el desarrollo político algo defectuoso de España, y como remedio proponía cambiar el sistema electoral[12]. La propuesta equivale a creer que se pueda enderezar el rumbo errado de un transatlántico poniéndole un pequeño motor fueraborda.

Lo que advertí en una contribución al debate en España en el año 1983:

> El sistema electoral tiene efectos limitados sobre la estructura de un sistema político. No todo depende del sistema electoral; el sistema electoral no es la panacea para orientar el rumbo de cambio político o para solucionar problemas determinados, por ejemplo, problemas internos de los partidos políticos o de su organización. Es decir, los alcances de la tecnología electoral son muy limitados. Esto no quiere decir que el sistema electoral no sea un componente muy importante del sistema político. Lo es, pero el sistema electoral es, en cierto sentido, un reflejo de la distribución del poder en un sistema político. Si pensamos en una relación causal —y la discusión sobre la reforma electoral está ubicada en esta dimensión— el sistema electoral es más bien un efecto de los distintos componentes sociales, políticos, históricos, culturales, etc., de un país, que una causa.[13]

Se desprenden dos experiencias, primero que no es tan fácil reformar el sistema electoral, y en relación a España, los fallados intentos desde principios de los años ochenta lo confirman. Segundo, el postulado de una reforma del sistema electoral convence sólo cuando se precisa el alcance de este tipo de reforma institucional, indicando, cuáles serían los objetivos esperados, funcionales y alcanzables que podrían resultar de tal reforma.

9 RAE, D. W. *The Political Consequences of Electoral Laws*. 2.ed. New Have, Londres: Yale University Press, 1971; LIJPHART, A. *Electoral Systems and Party Systems*: a study of twenty-seven democracies, 1945-1990. Oxford: Oxford University Press, 1994.

10 SARTORI, G. *Comparative Constitutional Engineering*: an inquiry into structures, incentives and outcomes. Basingstoke, Londres: MacMillan, 1994.

11 NOHLEN, D. *Sistemas electorales y partidos políticos*. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

12 V.: TABOADA, P. Baltar sobre su investigación: "El que ríe el último ríe dos veces". *El País*, Galícia, 9 jul. 2012. Disponible: <https://elpais.com/ccaa/2012/07/09/galicia/1341836388_136158.html>.

13 NOHLEN, D. Reforma del sistema electoral español. Conveniencias, fórmulas y efectos políticos. En: *Revista de Estudios Políticos*, n. 34, p. 62, jul.-ago.1983.; v. también: Idem. La reforma de la ley electoral: pautas para una discusión. En: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* n. 16, p.135-143, 1981.

En lo que sigue vamos a analizar y medir la calidad del sistema electoral español mediante los criterios de calidad que hemos expuestos en el epígrafe 2 del capítulo V. En esa evaluación tomamos el sistema electoral para las Cortes Generales como representante de un tipo de sistema electoral y lo comparamos con el sistema alemán, dado que este se toma como modelo para una reforma electoral en España y en algunos Estados de Autonomía[14]. Enseguida vamos a discutir los elementos técnicos que puedan procurar mayor participación del votante en la composición del parlamento, confrontando la lista semi-abierta y el voto uninominal, y señalando la experiencia alemana con el sistema de doble voto: uninominal y plurinominal. Las últimas consideraciones se dirigen al hecho de que los efectos de los sistemas electorales y de sus elementos técnicos individuales dependen del contexto, o sea de la cultura política.

Antes de entrar en el análisis comparativo del sistema electoral español, conviene destacar que me gustaría llevarlo a cabo diferenciándome completamente de esta crítica que se nutre de parcialidades y distorsiones. La parcialidad existe por ejemplo cuando se fundamenta la crítica al sistema electoral español vigente en sólo un aspecto, tomado este como indicativo para el todo, y, además, sin considerar su función en el tiempo. La distorsión existe cuando se monta toda una historia falsa de la génesis del sistema electoral español a partir de situaciones e intereses posteriores o más bien de actualidad. Así, insinuar un interés de los grandes partidos políticos y de sus cúpulas en el sistema electoral español en el momento de su legislación es absurdo, pues el sistema electoral fue acordado en 1976 en las Cortes franquistas; el debate era entre un sistema mayoritario y uno proporcional, la última opción defendida por la oposición democrática que presionaba desde fuera. Este postulado fue respetado por el ala reformista del postfranquismo en una época cuando aún no existía ningún partido grande, sino una enorme cantidad de partidos que se preparaban para participar en las primeras elecciones democráticas. Vale subrayar que es legítimo pensar en una reforma del sistema electoral español, no hace falta abusar de la historia. Al contrario, más que nada, la diferencia del contexto histórico de 1976 y el de hoy justifica pensar en una reforma del sistema electoral que se legislaba en aquel año.

En términos clasificatorios el sistema electoral español se puede caracterizar como proporcional en circunscripciones plurinominales variables con listas cerradas y bloqueadas. Lo analizaremos a continuación según los cinco criterios de evaluación (representación, concentración, participación, simplicidad y legitimidad) y añadiremos cada vez e inmediatamente una comparación con el sistema proporcional personalizado, o sea, con el sistema electoral alemán, el modelo de inspiración para una reforma del sistema electoral español.

Respecto a la representación, el sistema español consta de un alto grado de desproporcionalidad entre votos y escaños. Las razones de este efecto radican en la específica "distritación" que combina las siguientes características: Primero, el reparto de los escaños en relación a los electores inscritos es desproporcional, o sea ya el valor numérico del voto es ligeramente desigual, favoreciéndose las

14 V.: VALLÈS, J.M. /NOHLEN, D. Spain. En: NOHLEN, D./STÖVER, Ph. (Eds.). *Elections in Europe*. Baden-Baden: Nomos, 2010. p. 1803-1840.; VIDAL PRADO, C. *El sistema electoral alemán y su posible implantación en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

regiones menos pobladas en detrimento de las grandes urbes, debido también a la norma de que las circunscripciones provinciales cuentan con una representación mínima de dos escaños. Segundo, el tamaño de las circunscripciones en su gran mayoría va de pequeño a mediano (en treinta de ellas se eligen sólo seis o menos diputados), lo que limita la proporcionalidad, o sea, hace depender el valor de logro de los votos del tamaño de las circunscripciones. Sin embargo, la barrera legal del 3 por 100 no incide mucho en la desproporcionalidad. El efecto del tamaño de la circunscripción como barrera natural supera al efecto de la barrera artificial. La barrera legal se hace notar sólo en las circunscripciones muy grandes, en Madrid y Barcelona. Tampoco incide mucho el método D'Hondt por sí mismo. Este método es una fórmula proporcional que comparada con otras opera ligeramente en favor de un partido mayor a otro, o sea, no explícitamente en favor del mayor en votación. Importa, eso sí, la cantidad de veces de la aplicación del método D'Hondt, la que en el caso español es alta por el alto número de circunscripciones: el método D'Hondt se aplica 50 veces. Repito, el mayor efecto desproporcional lo ejerce la distritación. En términos generales, el sistema electoral en circunscripciones plurinominales no es del todo proporcional, no cumple perfectamente bien con la función de la representación, dado que el sistema en España no integra mecanismos de compensación. Siempre ha habido observadores críticos de los efectos de distorsión proporcional del sistema electoral español[15].

En contraste, el sistema alemán de representación proporcional personalizada es altamente proporcional. La fórmula para convertir votos en escaños, o sea, para determinar la composición proporcional del parlamento, se aplica a nivel nacional. De allí la alta correspondencia proporcional entre votos y escaños, aunque rija una barrera legal del cinco por ciento.

Respecto a la concentración, el sistema electoral español consta de un notable efecto de concentración y gobernabilidad[16] que se acerca al que se conoce en sistemas mayoritarios. El principal causante es, como ya explicábamos en relación a la función de representación, el tamaño de las circunscripciones —y no tanto la barrera legal del tres por ciento, como iba a señalar la Ley para la reforma política de noviembre de 1976—. El alcance de la «distritación» es tan alto que se ubica en el límite de lo que legítimamente se puede llamar representación proporcional. Más allá del efecto mecánico, el efecto sicológico ayuda a la concentración, pues los electores, cuando entienden la mecánica del sistema electoral, lo aplican razonablemente. Se observa que orientan su preferencia según el tamaño de la circunscripción conforme a la lógica del «voto útil». En las pequeñas circunscripciones votan más frecuentemente a los partidos políticos que tienen posibilidades de alcanzar un escaño. Así, donde no hay competencia electoral con los partidos regionales o nacionalistas, los escaños se reparten generalmente entre los dos grandes partidos. Sólo en los grandes distritos funciona la representación proporcional según su ideario. En resumen, el efecto mecánico y el sicológico del sistema electoral proporcional en circunscripciones plurinominales variables operan en dirección a fortalecer la función de la concentración y de la gobernabilidad.

15 V. por ejemplo: PALLARES, F. La distorsión de la proporcionalidad en el sistema electoral español. Análisis comparado e hipótesis alternativas. En: *Revista de Estudios Políticos,* n. 23, p. 233-267, 1981.

16 Cf. CAPO GIOL, J. Sistema electoral y gobernabilidad española. En: *Revista Española de Ciencia Política*, n. 1, p. 55-80, 1999.

El principal indicador de este efecto concentrador es el porcentaje mínimo en votos que alcanza para conseguir una mayoría absoluta de escaños en las Cortes. Dadas ciertas circunstancias, un partido político puede obtener una mayoría absoluta (manufacturada) en escaños con el 42 por 100 de los votos[17]. El segundo indicador lo constituye la observación empírica de que ya cuatro veces —en circunstancias de un multipartidismo— un partido político haya sido capaz de formar una mayoría absoluta unicolor[18]. En términos generales, el sistema electoral español favorece a los grandes partidos de ámbito nacional, entre ellos en primer lugar al partido más votado. Siempre ha habido observadores que han vinculado la gran estabilidad de los gobiernos en España con las «virtudes» de concentración del sistema electoral.

Comparado con el sistema alemán de representación proporcional personalizada con barrera legal del cinco por ciento, el sistema electoral español supera de lejos el efecto de concentración de aquel sistema. Aunque a veces se ha dicho que el voto uninominal para la mitad de los escaños en Alemania ha sido proclive a la concentración[19], Alemania ha vivido altibajos de fragmentación y concentración en el sistema de partidos. Incluso la barrera legal del cinco por ciento que sirvió de argumento para explicar la tendencia hacia un bipartidismo entre 1960 y 1985, no excluyó cierta fragmentación a partir de la aparición del partido Verde y de la unificación alemana. Estos cambios no han influido mucho en la estabilidad del gobierno, aunque en Alemania, a diferencia de España, el tipo de gobierno es coalicional.

Respecto a la participación, no olvidemos que la participación la entendemos —en términos institucionales— como un instrumento para que el votante no sólo vote entre partidos sino que elija también entre candidatos. Se trata de la existencia o no de un voto personal. Pues bien, el sistema electoral español con sus listas cerradas y bloqueadas no permite ninguna participación de este tipo. Por cierto, la participación es la función menos atendida por el sistema electoral español.

El votante español vota la lista y nada más. Esta restricción genera toda la polémica respecto a cómo se constituyen estas listas, a quiénes intervienen en su conformación y, por ende, a la democracia interna de los partidos. Desde un principio, las listas cerradas y bloqueadas han sido el blanco central de la crítica al sistema electoral español[20]. Esto se vuelve bien notorio en comparación con otros tipos de sistemas electorales proporcionales, por sobre todo con el sistema alemán de representación proporcional personalizada, donde el votante puede expresar un voto personal (véase más adelante).

Respecto a la simplicidad, el sistema electoral español es razonablemente simple y su mecánica bien entendible. Su efecto es previsible por parte del elector, lo que permite un comportamiento electoral estratégico, o sea expresar un “voto útil”.

El sistema alemán, sin embargo, es más complicado, lo que ya se vislumbra en la dificultad de describirlo y de evaluarlo. ¿Es “proporcional” o “mixto”? No es fácil entender que es proporcional en sus efectos sobre la composición del parla-

17 V. el entonces pronóstico de: NOHLEN, D.; SCHULTZE, R.O. Los efectos del sistema electoral español sobre la relación entre sufragios y escaños: un estudio con motivo de las elecciones a Cortes de 1982. En: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* n. 30, p. 179-200, 1985.

18 V. VALLÈS, J.M. /NOHLEN, D. Spain. En: NOHLEN, D./STÖVER, Ph. (Eds.). *Elections in Europe*. Baden-Baden: Nomos, 2010. p. 1803-1840.

19 DUVERGER, M. Duverger’s Law: forty years later. En: GROFMAN, B.; LIJPHART, A. (Eds.). *Electoral Laws and their Political Consequences*. Nueva York: Agathon Press, 1986. p. 69-84.

20 V. SANTAMARÍA, J. Listas cerradas, abiertas y entreabiertas. En: MONTERO, J.R. et al. *La reforma del régimen electoral*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 113-124.

mento, mientras parece «mixto» por dividir el parlamento en diputados elegidos por un voto de lista y otros por un voto personal. Además, el propio voto para un partido hasta hace poco podía desvirtuarse en su contra (valor de voto inverso), efecto sumamente complicado de entender.

Respecto a la legitimidad, ella es difícil de medir, como decíamos al presentar los criterios de evaluación. Nace por un lado del buen funcionamiento del sistema electoral según estos criterios, por el otro y sobre todo en el reconocimiento de este hecho por parte de los ciudadanos. Ambos juicios pueden diferir. Así, un sistema que objetivamente funciona bien, puede ser considerado deficiente o ilegítimo por parte de la opinión pública. Queda por ver cuál apreciación se impone.

Otro indicador para medir la legitimidad puede ser la frecuencia y la intensidad con la que se discute la reforma del sistema electoral. En el caso español, el debate "arrancó poco después de su entrada en funcionamiento, (...), y ha venido reiterándose desde entonces con diferentes intensidades"[21], siendo el de mitad de los años noventa especialmente amplio y rico[22]. Este hecho hace pensar en una legitimidad cuestionada. Por otro lado, no resultó ninguna reforma. Y en los debates de reforma, el sistema electoral vigente supo defenderse frente a sus críticos. En este sentido el sistema electoral español ha alcanzado una legitimidad considerable.

Examinado el sistema electoral español según las cinco funciones mencionadas se puede constatar que este sistema cumple con cada una de las tres funciones básicas en forma diferente y poco ponderada. Se pudo observar que cumple de forma poco óptima con la función de representación, más allá de lo supuestamente razonable con la función de la concentración y en nada con la función de la participación. La crítica al sistema vigente ha tenido un juego fácil. Y efectivamente, ella se ha dirigido, aunque a menudo de forma simplista, a las tres áreas de funciones. El examen evaluativo, según el esquema aplicado, no llega entonces a un resultado muy propicio, menos aun cuando comparamos el desempeño del sistema electoral español con otros tipos de sistemas electorales de representación proporcional.

Sin embargo, la lectura que merece su desempeño es otra y se aproxima al juicio general de que el sistema electoral español está funcionando notablemente bien. El caso de España demuestra que esquemas de evaluación, aunque diferenciados y multidimensionales, tienen sus límites cuando se prioriza la medición más precisa sobre el significado general que alcanzan los fenómenos individuales. La evaluación, en última instancia, tiene que considerar el caso en su contexto. Desde una perspectiva histórica, el principal mérito del sistema electoral español ha sido de haber facilitado una concentración del sistema de partidos sin privar a

21 MONTERO, J.R. El debate sobre el sistema electoral: rendimiento, criterios, propuestas de reforma. En: *Revista de Estudios Políticos,* n. 95, p.37, 1997.

22 V.: MONTERO, J.R.; GUNTHEr, R. Sistemas 'cerrados' y listas 'abiertas'. Sobre algunas propuestas de reforma del sistema electoral en España. En: MONTERO, J.R. et al. *La reforma del régimen electoral*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 13-87.; VV.AA. *La reforma del régimen electoral*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.; PORRAS NADALES, J. A. (Ed.). *El debate sobre la crisis de la representación política.* Madrid: Civitas, 1996.; CONGRESO de los Diputados (Ed.). *Reflexiones sobre el régimen electoral*. JORNADAS DE DERECHO PARLAMENTARIO, 4., 1997. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1997.; MONTABES, J. (Ed.). *El sistema electoral a debate:* veinte años de rendimientos del sistema electoral español (1977-1997). Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, Parlamento de Andalucía, 1998; entre otros.

las principales fuerzas políticas de su representación parlamentaria, independientemente del grado de cumplimiento de estas dos funciones. Esta observación está hoy en día ampliamente compartida por parte de los expertos en la materia, y se destacan y se aceptan los siguientes rasgos del sistema: Primero, que el sistema electoral —siendo en principio proporcional— genera fuertes desproporciones, debido principalmente al tamaño mediano y pequeño de las circunscripciones. La pregunta sobre si eso es compatible con el postulado del artículo 68 de la Constitución[23], ha quedado replegada al ámbito meramente académico. Segundo, se reconoce que el sistema ha sido capaz de cumplir con la exigencia de pluralismo político al no excluir ninguna fuerza política significativa de una representación parlamentaria, y especialmente no a las regionales o nacionalistas. Tercero, todos enfatizan hoy que el sistema electoral ejerce un fuerte efecto concentrador sobre el sistema de partidos. Los electores entienden el sistema de tal manera que pueden votar de forma estratégica y aumentar la concentración. Cuarto, los especialistas aceptan que los partidos grandes sean los privilegiados del sistema. Más allá de esto, destacan que el sistema no ha favorecido perpetuamente a un partido o a una tendencia política como se había temido (o esperado) cuando se introdujo el sistema. Cambios en la preferencia de los electores se han reflejado en cambios a nivel de los escaños y por ende también en el ejercicio del gobierno. Todo esto ha sido positivamente evaluado por parte de los especialistas en la materia.

2.1. LISTAS SEMI-ABIERTAS Y VOTO UNINOMINAL

De acuerdo con el balance evaluativo del sistema electoral español, la función de la participación era la menos cumplida. Así, el postulado mayor desde inicio de la transición democrática ha sido de permitir que el elector vote no solo por un partido, sino pueda escoger también entre candidatos, todo esto dentro de la representación proporcional como norma constitucional. Para lograr el voto personal dentro del molde proporcional, las grandes alternativas constituyen la lista semi-abierta (se vota por un candidato dentro de una lista de partido, lo que ofrece alternativas personales) y el voto uninominal (se vota candidatos en un circunscripción uninominal). En España, el clamor de abrir las listas ha dominado el debate de la reforma electoral. Es la propuesta más fácil de articular. Ha ido acompañado de un tono crítico a los partidos políticos que tradicionalmente —y no solo en España— constituyen el blando de la crítica a la democracia representativa. El voto uninominal no estaba exento como propuesta de reforma en el debate, a menudo con referencia a Alemania, aunque no se conociera bien cómo funciona este sistema modelo, y cómo era la uninominalidad integrada en el sistema proporcional. Tampoco se ejercía en serio la comparación entre ambos mecanismos de personalizar el voto.

Como cualquier elemento técnico de los sistemas electorales, ambas propuestas tienen sus pros y sus contras. Los promotores de cada una se fijan en los argumentos en pro. Es necesario considerar también los argumentos en contra.

23 V. VALLÈS, J.M. Sistema electoral y democracia representativa: nota sobre la ley orgánica del régimen electoral general de 1985 y su función política. En: *Revista de Estudios Políticos, n.* 35, p. 15-22, 1986. 24s.

Además, se pueden ordenar los argumentos en relación a su importancia. Finalmente, conviene averiguar si la técnica (la lista bloqueada) que se quiere sustituir por otra (la lista semi-abierta) es realmente la causante de lo que se está criticando, acorde con la advertencia que "a las listas electorales se suele conceder una importancia desmedida y que, en cualquier caso, no tiene mucho que ver con los efectos que pretenden modificarse"[24].

Así, en defensa de las listas cerradas y bloqueadas, se podría argumentar que tienen su valor en relación a los partidos, al sistema de partidos, a su estabilidad y así en relación a la estabilidad del gobierno. Además, la crítica a las listas cerradas y bloqueadas es más bien producto de la falta de democracia interna de los partidos. O sea, las listas cerradas y bloqueadas sufren en su apreciación como formas de candidatura, de las carencias de los partidos políticos cuando ellos siguen jerárquicamente organizados, con formación de la voluntad política desde arriba hacia abajo, lo que se expresa muy visiblemente en la composición de las listas electorales, que se determina por la cúpula de los partidos. Finalmente, la importancia de la propuesta de abrir las listas se mide a través de lo que se quiere conseguir, por ejemplo, como declaraba recién Felipe González al conmemorar los treinta años de haber llegado al poder: acabar con las peleas dentro de los partidos por "el puesto que se ocupa en la lista", o sea, obtener sólo algún efecto secundario.

2.2. COMPETENCIA INTRA O ENTRE PARTIDOS

Según el orden de importancia, la principal diferencia entre abrir las listas y el voto uninominal consiste en el tipo de competencia política que caracteriza cada uno de los mecanismos en una elección. En el caso de la lista semi-abierta, a la competencia entre los partidos políticos se añade, al votar por un candidato dentro de la lista, la competencia entre los candidatos de un mismo partido. En el caso del voto uninominal, sin embargo, la competencia queda restringida a la entre partidos, aunque se vota por candidatos. El efecto de esta diferencia puede resultar notable: Mientras que en el primer caso, los partidos pierden parte del control sobre quienes entran como sus representantes en el parlamento, en el segundo caso conservan este control. Esta diferencia puede jugar un rol importante, dependiente del grado de institucionalidad de los partidos, del carácter personalista de la política, de la estabilidad del comportamiento electoral, de la cultura política en general[25]. En su caso, abrir la competencia hacia una lucha electoral entre los candidatos de un mismo partido puede contribuir a debilitar o incluso destruir los partidos y el sistema de partidos. Resulta que los partidos pierden la necesaria cohesión interna para cumplir con sus funciones de representación y concentración. Las listas semi-abiertas pueden, además, ser muy costosas en varios sentidos. Aumentan considerablemente los gastos de campaña electoral. Son costosas para el candidato en la lucha interna entre los candidatos de un partido. En vez de suavizar la lucha por ser candidato de lista, aumentan la pelea entre los candidatos de la lista de partido por ser diputado. El candidato se ve obligado a invertir personalmente en su campaña

24 HERNÁNDEZ BRAVO, J. Los sistemas electorales. En: DEL AGUILA, R. (Ed.). *Ciencia Política.* Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 376)

25 V.: ORTEGA, C. *Los sistemas de voto preferencial*: un estudio de 16 democracias*.* Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2004.

lo que implica conseguir fondos de apoyo. Así, resulta que se hace dependiente de entes financieros, un apoyo que no va resultar gratis. Los donadores esperan una compensación posterior a la elección, lo que puede resultar costoso para el país en el proceso de tomar decisiones a nivel nacional. El candidato elegido en estas condiciones de dependencia puede buscar en primer lugar responder a las expectativas de sus promotores y votantes, en vez de sentirse representante de los intereses de la nación. Para conseguir su voto en el parlamento, el gobierno puede tener que negociar con él e intercambiar favores. Así, en su caso, la lista semi-abierta puede contraer muchas inconveniencias. Estas consideraciones explican por qué el clamor por listas semi-abiertas en los medios de comunicación nunca ha tenido un eco favorable entre los especialistas de la materia electoral[26].

2.3. LISTA BLOQUEADA Y UNINOMINALIDAD

Por otra parte, en Alemania, dentro del sistema proporcional personalizado, opera también la lista cerrada y bloqueada, precisamente en las circunscripciones pluripersonales de los *Länder*. El encanto de la candidatura plurinominal cerrada y bloqueada es que en el establecimiento del orden de los candidatos en la lista, acordado por asambleas de representación de las organizaciones de base de los partidos a nivel de los Estados federados, rige el criterio proporcional, o sea, el principio de una representación sociológica: estirpe social, religión, región de procedencia, género, edad, corriente ideológica interna del partido, carrera partidista, atractivo personal, etc. Son los criterios que prevalecen y tratan de ser aplicados de forma equilibrada en la conformación de las listas. La lista bloqueada garantiza la diversidad, no solo la mantiene, sino la renueva según nuevos retos de la política y nuevas tendencias para enfrentarles. Así fue, por ejemplo, en relación a retos y tendencias de las últimas décadas que implicaban integrar mujeres y ecologistas en las listas. Y para añadir algo respecto a la cuestión de género, las listas bloqueadas son el mecanismo que más impacto tiene para la mayor participación de la mujer en la política, sea su mayor inclusión resultado de la propia voluntad de los partidos o de la imposición de cuotas[27].

Como enseña el modelo alemán a nivel de las técnicas, la lista bloqueada con estas sus virtudes es compatible con el voto uninominal, que por su parte no comparte sino supera los peligros de las listas semi-abiertas. El encanto de la candidatura uninominal es el voto personal, es la confianza que se expresa a una persona, aunque esta persona es también candidato de un partido, y el voto en circunstancias de un sistema de partidos institucionalizado un voto de partido. Conviene añadir que en Alemania, los candidatos uninominales son elegidos por los miembros de las organizaciones de base de los partidos o una representación de ellos a nivel de la circunscripción electoral.

26 V.: *MONTABES, J. (Ed.). El sistema electoral a debate: veinte años de rendimientos del sistema electoral español (1977-1997)*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, Parlamento de Andalucía, 1998.

27 V.: KRENNERICH, M. !Mujeres al parlamento! Sistemas electorales y cuotas de género en la mirilla. En: REYNOSO NÚÑEZ, J.; SÁNCHEZ DE LA BARQUERA, H. (Eds.). La democracia en su contexto: estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario. México: UNAM, 2009. p. 173-205.

2.4. EFECTOS Y ALCANCES DEL VOTO UNINOMINAL

Sin embargo, no hay que sobreestimar el efecto del voto personal en circunscripciones uninominales. En Alemania, la sociología electoral advierte que el voto hoy por hoy es en primer lugar un voto de partido. El factor personal interviene por sobre todo a nivel del liderazgo, o sea del candidato a presidente de gobierno y algunos políticos que se identifican como líderes de los partidos o de sus corrientes. De esta manera, la diferencia en orientación ideológico-partidista entre voto uninominal y plurinominal no es grande. Solo una limitada parte de los electores utiliza los dos votos que tiene, el primero uninominal y el segundo plurinominal, para efectos estratégicos, especialmente en forma de un voto coalicional. Es un voto plurinominal para el partido menor de una coalición del que se teme que no pasaría la barrera legal del cinco por ciento y entonces no permitiría la formación de la coalición deseada.

Al mismo tiempo, conviene contradecir previsiones que especulan en caso de la uninominalidad para la mitad de los diputados, acerca del peligro de que aparezcan dos categorías de diputados, la uninominal más y la plurinominal menos apreciada. Ya la simple idea de que habría partidos en el parlamento que no serían capaces de ganar ni un solo diputado uninominal, contradice la idea, pues esos partidos no sólo no tendrían diputados de segunda, sino incluso de primera clase, cuando sean los partidos que posibiliten un gobierno de mayoría. Eso pasa con los partidos liberal y verde en Alemania. La importancia de sus diputados no resulta de la manera como han sido individualmente elegidos, sino depende del rol en grupo que juegan en el manejo de la política. Por lo demás, perder en la contienda uninominal no significa haber perdido totalmente, dado que muchos candidatos uninominales figuran también como candidatos en la lista plurinominal de su respectivo partido. Esto por cierto se presta a una mala interpretación, pues el candidato rechazado por el electorado en su circunscripción uninominal entra por otra puerta al parlamento. Sin embargo, en realidad, esta doble candidatura, la uninominal y la plurinominal, es una de las virtudes del sistema alemán, pues garantiza en buena cantidad de las circunscripciones que estas sean representadas por dos representantes, lo que permite que la competencia electoral a nivel uninominal se mantenga más viva, incluso con alternancia entre los partidos.

Por otra parte, comparando nuevamente la lista semi-abierta con el voto uninominal, en el caso de la introducción de la lista semi-abierta en España, el voto personal aumentaría la participación, pero el efecto sobre las demás funciones sería mínimo. La introducción del voto uninominal, sin embargo, tendría efectos mucho más amplios, incluiría también las funciones de representación y concentración. O sea, para mantener el grado de cumplimiento de estas funciones, la reforma electoral tendría que ser más profunda. Aquí se confirma que hay que concebir sistemas electorales como sistemas y pensar reformas electorales no sólo como sustitución de elementos por otros, sino como una intervención en la estructura y las funciones de los sistemas electorales. La introducción del voto uninominal equivaldría a un cambio del tipo de sistema electoral.

La mayor consideración merece la cuestión que se refiere al contexto y su rol en la práctica de la uninominalidad. Incluye la incógnita sobre si es posible pensar

que tendrá los mismos efectos en España que los que ha demostrado en Alemania. Allí, a pesar de existir críticas al sistema de doble voto, en términos generales, ha servido bien. Los partidos políticos se han adaptado a su mecanismo, y también los electores que saben disfrutar de dos votos. La satisfacción es mayor que el impacto real. No se observan efectos dañinos para los partidos políticos, para el sistema de partidos políticos y para la democracia en general. Es decir, la realidad confirma las expectativas vinculadas con el voto uninominal. Para España, sin embargo, sería oportuno estudiar bien si el contexto permite pensar no solo que no se presenten efectos no deseados, sino que se mejoren las estructuras de la representación por medio de personalizar más la cadena de representación. Hay que estudiar bien si la uninominalidad no lleva a producir fenómenos como el caciquismo local que empeoren la criticada situación. Para que una reforma no corra este peligro, habría que tomar en cuenta varios otros aspectos, dado que la real complejidad de los sistemas electorales reside en su relación con el contexto, pues ellos tropiezan con diferentes fenómenos sociales y políticos, que generan determinados efectos los que no se pueden deducir de los sistemas electorales mismos[28].

Para resumir, cuando el sistema electoral pierde legitimidad ante la crítica a la que sigue expuesto desde hace decenios —y es el caso de las listas cerradas y bloqueadas—, es oportuno pensar en alternativas. En debate se encuentran la apertura de las listas (una postura fácil) y el voto personal-uninominal (menos conocido y proclive a mala interpretación). Considerando estas alternativas es preferible el voto uninominal, pues abrir las listas provoca la lucha interna entre candidatos del mismo partido por el voto, lo que resultaría ser muy costoso en (por lo menos) dos sentidos, en los gastos de la campaña electoral, exponiendo el candidato a la dependencia de entes que lo financian, y en la pérdida de la necesaria cohesión interna de los partidos para que la democracia no pierda en gobernabilidad y estabilidad. Es preferible el voto uninominal, pues los candidatos seguirán siendo de partido, a lo mejor escogidos de forma democrática. Para lograr esto, sería necesario ampliar la perspectiva y promover una ley de partidos que mejore la vida interna de los partidos en sentido democrático, mediante la elección interna de sus candidatos uninominales y plurinominales (de lista) por parte de sus miembros o de representantes de ellos.

Para terminar, quisiera elaborar una variación de la observación que hiciera W.J.M. Mackenzie respecto a las elecciones libres: Los sistemas electorales tienen "una lógica propia independiente de la Historia, pero su aplicación práctica es histórica y lleva la impronta que marcan la idiosincrasia y las condiciones de vida de las diversas naciones"[29]. En vez de estirar más la sabiduría general a la que ha llegado la teoría de los sistemas electorales, sería necesario indagar más las variables de contexto que permiten pronosticar los posibles efectos de las propuestas de la reforma deseada y que la hacen deseable.

28 Para una mayor justificación de la variable contexto v. NOHLEN, D. *El contexto hace la diferencia*: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico. Ed. por C. Zilla. México: UNAM, 2003. y NOHLEN, D. *Sistemas electorales y partidos políticos*. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

29 MACKENZIE, W.J.W. *Elecciones libres*, Madrid: Tecnos, 1962. p. 17.

REFERENCIAS

CAPO GIOL, J. Sistema electoral y gobernabilidad española. En: *Revista Española de Ciencia Política*, n. 1, p. 55-80, 1999.

CONGRESO de los Diputados (Ed.). *Reflexiones sobre el régimen electoral*. JORNADAS DE DERECHO PARLAMENTARIO, 4., Madrid, 1997. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1997.

DUVERGER, M. Duverger's Law: forty years later. En: GROFMAN, B.; LIJPHART, A. (Eds.). *Electoral Laws and their Political Consequences*. Nueva York: Agathon Press, 1986. p. 69-84.

GALLAGHER, M.; MITCHELL, P. *The Politics of Electoral Systems*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HERNÁNDEZ BRAVO, J. Los sistemas electorales. En: DEL AGUILA, R. (Ed.). *Ciencia Política.* Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 349-390.

IRVINE, W.P. 'Additional-Member' Electoral Systems. En: LIJPHART, A.; GROFMAN, B. (Eds.) *Choosing an Electoral System: Issues and Alternatives*. Nueva York: Praeger, 1984. p. 165-177.

KRENNERICH, M. !Mujeres al parlamento! Sistemas electorales y cuotas de género en la mirilla. En: REYNOSO NÚÑEZ, J.; SÁNCHEZ DE LA BARQUERA, H. (Eds.). *La democracia en su contexto: estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*. México: UNAM, 2009. p. 173-205.

LIJPHART, A. *Electoral Systems and Party Systems*: a study of twenty-seven democracies, 1945-1990. Oxford: Oxford University Press, 1994.

MACKENZIE, W.J.W. *Elecciones libres*, Madrid: Tecnos, 1962.

MONTABES, J. (Ed.). El sistema electoral a debate: veinte años de rendimientos del sistema electoral español (1977-1997). Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, Parlamento de Andalucía, 1998.

MONTERO, J.R. El debate sobre el sistema electoral: rendimiento, criterios, propuestas de reforma. En: *Revista de Estudios Políticos,* n. 95, p.37-70, 1997.

MONTERO, J.R.; GUNTHEr, R. Sistemas 'cerrados' y listas 'abiertas'. Sobre algunas propuestas de reforma del sistema electoral en España. En: MONTERO, J.R. et al. *La reforma del régimen electoral*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 13-87.

NOHLEN, D. La reforma de la ley electoral: pautas para una discusión. En: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* n. 16, p.135-143, 1981.

_____. Reforma del sistema electoral español. Conveniencias, fórmulas y efectos políticos. En: *Revista de Estudios Políticos*, n. 34, p. 61–68, jul.-ago.1983.

_____. *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*. Ed. por C. Zilla. México: UNAM, 2003.

_____. *Sistemas electorales y partidos políticos*. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

_____. La reforma necesaria al sistema electoral alemán: el principio de igualdad de logro del voto como idée fixe en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 3 de julio de 2008. En: *Justicia Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Tercera Época, vol. 1, núm 4, México, p. 33-62, 2009.

_____. Die Politik des Sonderwegs: wahlsysteme als rechtsfrage.(La política del camino propio: sistemas electorales como cuestión de derecho). En: *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts,* v. 62, 2014. p. 11-32.

_____.; SCHULTZE, R.O. Los efectos del sistema electoral español sobre la relación entre sufragios y escaños: un estudio con motivo de las elecciones a Cortes de 1982. En: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* n. 30, p. 179-200, 1985.

ORTEGA, C. *Los sistemas de voto preferencial*: un estudio de 16 *democracias.* Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2004.

PALLARES, F. La distorsión de la proporcionalidad en el sistema electoral español. Análisis comparado e hipótesis alternativas. En: *Revista de Estudios Políticos, n.* 23, p. 233-267, 1981.

POIER, K. (Ed.). *Demokratie im Umbruch: Perspektiven einer Wahlrechtsreform. (*Democracia en transición. Perspectivas de una reforma electoral). Vienna: Böhlau Verlag Wien, 2009.

PORRAS NADALES, J. A. (Ed.). *El debate sobre la crisis de la representación política.* Madrid: Civitas, 1996.

RAE, D. W. *The Political Consequences of Electoral Laws*. 2.ed. New Have, Londres: Yale University Press, 1971.

REPORT of the royal commission on the electoral system: *towards a better democracy*. Wellington, N.Z.: V.R. Ward, Govt. Printer, 1986.

SANTAMARÍA, J. Listas cerradas, abiertas y entreabiertas. En: MONTERO, J.R. et al. *La reforma del régimen electoral*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 113-124.

SARTORI, G. *Comparative Constitutional Engineering*: *an inquiry into structures, incentives and outcomes.* Basingstoke, Londres: MacMillan, 1994.

SHUGART, M.S. /WATTENBERG, M. (Eds.). *Mixed-Member Electoral Systems: The Best of Both Worlds*? Oxford: Oxford University Press, 2001.

STROHMEIER, G. (Ed.). *Wahlsystem reform.* (Reforma del sistema electoral). Baden-Baden: Nomos, 2009.

TABOADA, P. Baltar sobre su investigación: "El que ríe el último ríe dos veces". *El País*, Galícia, 9 jul. 2012. Disponible: <https://elpais.com/ccaa/2012/07/09/galicia/1341836388_136158.html>.

VALLÈS, J.M. Sistema electoral y democracia representativa: nota sobre la ley orgánica del régimen electoral general de 1985 y su función política. En: *Revista de Estudios Políticos, n.* 35, p. 15-22, 1986.

_____.; NOHLEN, D. Spain. En: NOHLEN, D./STÖVER, Ph. (Eds.). *Elections in Europe*. Baden-Baden: Nomos, 2010. p. 1803-1840.

VIDAL PRADO, C. *El sistema electoral alemán y su posible implantación en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

VV.AA. *La reforma del régimen electoral*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

A ELEIÇÃO E A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

ELECTION AND REPRESENTATIVE DEMOCRACY

Jorge Miranda[1*]

1. O PRINCÍPIO ELETIVO E O PRINCÍPIO REPRESENTATIVO

1.1 A ELEIÇÃO POLÍTICA

I – Em todas as épocas e um pouco por toda a parte, independentemente das circunstâncias, observa-se a prática da eleição política – a eleição destinada ao preenchimento de cargos políticos[2]. Não esteve ausente das repúblicas aristocráticas e as monarquias começaram por ser eletivas ou baseadas na cooptação, para somente mais tarde, consolidadas, se tornarem hereditárias.

Por certo, os modernos Estados europeus foram erguidos por dinastias que com eles se identificavam e só no caso de uma dinastia se extinguir se fazia recurso à eleição[3], que, de todo o modo, nunca era considerada a fonte de autoridade do novo rei. Em compensação, ainda muito depois de terminado o período estamental ou da monarquia limitada pelas ordens subsistiram instituições municipais, de mesteres, de universidades ou de ordens religiosas, em que o modo normal de escolha dos dirigentes era a eleição.

O constitucionalismo, o constitucionalismo moderno viria introduzir um dado novo. Propondo-se, simultaneamente, garantir a liberdade e relegitimar o poder, elevaria a eleição a instrumento periódico de escolha dos governantes; através dela, criaria uma relação constante com os governados – a representação política; e instituiria o sufrágio individual, direto ou indireto (em vez de sufrágio orgânico), tanto devido a uma visão individualista do mundo como devido a os antigos laços grupais vindos da Idade Média já se terem esbatido perante os laços mais fortes criados pelo poder centralizador e pelo sentimento nacional[4].

---

1 * Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde continua a ministrar aulas nos cursos de mestrado e de doutoramento. É também Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Desenvolve investigação nas áreas do Direito Constitucional, da Ciência Política e do Direito Internacional. Os seus interesses específicos recaem sobre Direito Fundamentais, Teoria da Democracia, Direito Eleitoral e Referendário, as Relações entre Constituição e Direito Internacional e a estrutura das normas constitucionais. Entre as inúmeras obras que publicou são de destacar o *Manual de Direito Constitucional* (em sete volumes), a *Teoria do Estado e da Constituição* e o *Curso de Direito Internacional Público*

2 *Cf.* CASERTANO, Antonio. *Il diritto di voto*: storia, dottrina, funzione. Nápoles: Tocco, 1911.; MACKENZIE, W. J. M. Elecciones. In: *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Trad. F. Condomines Pereña. 21. ed. Madri: Aguilar, 1974. p. 161 et seq.; RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*, 2. ed. São Paulo: [s.n.], 2016. p. 23 et seq.; MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Trad. Castelhana. Nova York: Cambridge University Press,1997. p. 62 et seq.; MUNRO, Colin R. *Studies in constitutional law*. Londres: Butterworths, 1987**.** p. 89 et seq.; CHIARA, Giuseppe. *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*. Milão: Giuffrè, 2004.; LANCHGSTER, Fulco. *Gli Strumenti della Democrazia*. Milão: Giuffrè, 2004. p. 129 et seq.

3 Foi o que aconteceu em Portugal em 1385 com a eleição do rei D. João I.

4 Cf. CARVALHO, José Liberato Freire de. *Ensaio histórico-político sobre a Constituição e o Governo do Reino de Portugal*. Paris : Hector Bossange, 1830. p. 258.

II – A representação política é uma espécie de representação necessária imposta pela Constituição, diversa da representação de Direito civil, fundada (salvo quanto aos menores e aos incapazes) num contrato, num acordo de vontades livremente celebrado.

1.2 O PRINCÍPIO REPRESENTATIVO

I – Embora possa encontrar-se manifestações análogas ou antecedentes noutros tempos[5], foi o século XVIII que, se não descobriu, pelo menos soube fundamentar e alicerçar a ideia de representação política (tão importante, segundo alguns, para o progresso da humanidade como a invenção, nessa mesma época, da máquina a vapor)[6].

A doutrina subjacente foi elaborada quase ao mesmo tempo na Inglaterra (com LOCKE e BURKE), na França (com MONTESQUIEU, DE LOLME, SIEYÈS, B.

5 Cf. LARSEN, J. A. O. *Representative Government in Greek and Roman History*. Berkeley: Los Angeles: University of California Press, 1966; TABOSA, Agerson. *Da representação política na Antiguidade Clássica*. Fortaleza: UFC, 1981. E também: MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. *O Federalista*. Trad. Viriato Soromenho-Marques e Joao C. S. Duarte. Lisboa: Colibri, 2004. p. 392-393, n.63. E, entre nós: VITAL, Domingos Fezas. *Lições de Direito Constitucional Comparado*. Coimbra, 1915. p. 37.

6 Cf., em primeiro lugar, de novo, MONTESQUIEU. *De l'Esprit des Lois*, cap. 6, livro 11; ROUSSEAU. *Du Contrat Social*, cap. 15, livro 3; SIEYÈS. *Qu'est-ce que le tiers état*, cap. 3, § 2, e cap. 4, § 7; CONSTANT, Benjamin. *Principes de Droit public interne et externe*. Paris: Guillaumin, 1830. p. 23-62; DE LOLME. *Constitution de l'Angleterre*, ed. 1771, 5. ed. Paris: E. van Harrevelt, 1879. p. 269 et seq. E depois, entre tantos: CARVALHO, Custódio Rebelo de. *Bases de todo o governo representativo ou condições para que a Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa seja uma realidade*. Londres: Richard Taylor, Red Lion Court, 1832; MILL, Stuart. *Considerations on Representative Government*. Londres: Parker, Son, and Bourn, 1861; COSTA, António Custódio Ribeiro da. *Princípios e Questões da Filosofia Política*: Condições Científicas do Direito de Sufrágio. Coimbra, 1878, v.1; ORLANDO, V. E. Du fondement juridique de la représentation politique. In: *Revue du droit public*, p. 1 et seq., 1895; SARAIVA, Rocha. As teorias sobre a representação política e a nossa Constituição. In: *Revista de Justiça*, ano 1, p. 233-313, 1916; SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid, México: Revista de Derecho Privado, Nacional, 1934-1966, p. 236 et seq.; MALBERG, Carré de. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Tome II. Paris: CNRS, 1922. p. 199 et seq.; AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília, DF: Senado Federal, SEspEP. 1999; ROSSI, Luigi. La Rappresentanza Politica. In: *Scritti Vari di Diritto Pubblico*. Milão: Giuffrè, 1939. p. 79 et seq., v.5.; HOGAN, James. *Election and Representation*. Cork : Cork University Press, 1945; DUVERGER, Maurice. Esquisse d'une théorie de la réprésentation politique. In: *L'évolution du droit public – Études en l'honneur d'Achille Mestre* (Col.). Paris : Sirey, 1956, p. 211; SARTORI, Giovanni. *A teoria da representação no Estado representativo moderno*. Belo Horizonte: FaDir UFMG, 1962, e *Théorie de la démocratie*. Paris: Armand Colin, 1973. p. 383; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962. 2. v. p. 197; PENNOCK, J. Roland.; CHAPMAN, John W. *Representation*. Nova Iorque: Atherton Press,1968; ROELS, Jean. *Le concept de représentation politique au dix-huitième siècle français*. Paris,1969; *Representation*. (Org.), Nova Iorque, 1969; BIRCH, A. H. *Representation*. Londres: Pall Mall Press, 1971; MESTRE, Achille; GUTTINGER, Philippe. *Constitutionnalisme jacobin et constitutionnalisme sovietique*. Paris: Presses universitaires de France, 1971. p. 19; PITKIN, Hanna. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1972; LEIBHOLZ, Gerhard. *Die Repräsentation in der Demokratie*. Berlin : de Gruyter, 1973; *Pouvoirs – Revue d'Études Constitutionnelles et Politiques*, Paris, n. 7, 1978; NOCILLA, Damiano; CIAURRO, Luigi. Rappresentanza politica. In: *Enciclopedia del Diritto*, 38, 1989.p. 543-609, 3. v.; a antologia organizada por FISICHELLA, Domenico. *La Rappresentanza politica*. Milão: Giuffrè, 1983; GAMBINO, Silvio. Sovranità popolare e rappresentanza politica. In: *Politica del Diritto*, 14, n. 2, p. 293-324, 1983; BOCKENFÖRDE, E. W. Democrazia e rappresentanza. In: *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 1985, p. 227; VEGA, Pedro. Significado constitucional de la representación política. In: *Revista de Estudios Politicos*, Madri, n. 44, p. 25-46, mar.-abr. 1985; D'ARCY, François (Ed.). *La Représentation*. Paris: Economica, 1985; BOGDANOR, Vernon (Ed.). *Representatives of the People ?:* Parliamentarians and Constituents in Western Democracies. Hants : Gower, 1985; NADALES, Antonio Porras. *Representación y democacia avanzada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994; RUSH, Mark E. In search of a coherent theory of voting rights: challenges to the Supreme Court vision of fair and effective representation. In: *The Review of Politics*, v. 56, n. 3, p. 503-523, summer 1994; MANIN, Bernard. *The Principles of Representatives Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998; ZANOS, Nicolò; BIONDI, Francesca (Eds.). *Percorsi annuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Milão: Giuffrè, 2001; Simona ROSSI, *La rappresentanza nello Stato Costituzionale*. Milão: Giappichelli, 2002; MANSBRIDGE, Jane. Rethinking representation. In: *American Political Science Review*, Cambridge, 29 dez. 2003. p. 515; WILLIAMS, Melissa S. Equidade democrática e instituições representativas. In: *Ideias políticas para o nosso tempo*. Braga, 2004, p. 57; COLAVITTI, Giuseppe. Rappresentanza e interessí organizzati. Milão: Giuffrè, 2005; RODRÍGUEZ, Gonzalo Arruego. *Representación politica y derecho fundamental*. Madrid: Fund. Manuel Giménez Abad, 2005; URBANO, Maria Benedita. *Representação política e Parlamento*. Coimbra: Almedina, 2009; FREIRE, André (Org.). *O futuro da representação política democrática*. Lisboa: Nova Vega, 2015; ORRÙ, Romano; BONINI, Francesca; CIAMMARICONE, Anna (org.). *La rappresentanza in questione*. Nápoles: Ed. Scientifiche Italiane, 2016.

CONSTANT) e nos Estados Unidos (com MADISON). No entanto, ainda no século XVIII, sofreria a sua primeira grande contestação, a de ROUSSEAU.

O Parlamento – diz BURKE (Discurso aos eleitores de Bristol, de 1777) – não é um congresso de embaixadores de interesses diferentes e hostis, interesses que cada um tem de sustentar como representante e advogado contra outros representantes e advogados. O Parlamento é, sim, uma assembleia deliberativa de uma única nação, com um só interesse, o do todo, e que deve guiar-se não pelos interesses locais, mas pelo bem geral, resultado da razão geral do todo.

MONTESQUIEU ocupa-se da representação política no mesmo célebre capítulo de De l'Esprit des Lois (o VI do livro XI), em que formula a separação dos poderes.

> Como, num Estado livre, qualquer homem que se repute dotado de uma alma livre, deve ser governado por si mesmo, o povo deveria ter em si mesmo o poder legislativo. Mas, como isso é impossível nos grandes Estados e oferece muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça pelos seus representantes tudo aquilo que não pode fazer por si próprio.

MONTESQUIEU e, posteriormente, os autores liberais pronunciam-se contra os sistemas democráticos, por temerem que em sistemas democráticos se verificasse uma concentração do poder num único titular, que seria o povo, ou em órgãos, que, baseados no povo, viessem a pôr em causa as liberdades individuais. Só a representação permitiria a divisão de poder.

Assim, MADISON (The Federalist, n. 10), contrapõe democracia (ou democracia pura) e república. Aquela, correspondente a um pequeno número de cidadãos, que se reúnem e administram o governo em pessoa, não admite um remédio para as ações prejudiciais das fações – ao contrário da república, em que há maior quantidade de cidadãos e delegação de poderes.

Na mesma linha, DE LOLME (Constitution de l'Angleterre, 5. ed., Paris, 1879, p. 274), escreve que sempre que o povo faz uso do seu poder diretamente, acaba por cair nas mãos de uma minoria; por isso, defende o governo representativo, no qual o povo confere o poder aos seus representantes.

Na véspera da Revolução Francesa, SIEYÈS (Qu'est-ce que le tiers état?) apela para a representação política para justificar a transformação dos Estados Gerais em Assembleia Constituinte, defende um governo exercido por procuradores do povo e distingue entre aquilo a que chama a "vontade comum real" e aquilo a que chama a "vontade comum representativa". Esta, a vontade comum representativa, não é uma plena vontade, não é uma vontade ilimitada, é uma porção da grande vontade comum nacional, em que os delegados agem não por direito próprio, mas por direito de outrem.

Cite-se ainda o que escreve Benjamin Constant em 1815 (De la liberté des anciens comparée à celle des modernes):

> É necessário que tenhamos liberdade, e tê-la-emos. Mas como a liberdade de que precisamos é diferente da dos antigos, é preciso, para essa liberdade, outra forma de organização política, que não seja a mesma que os antigos adotaram. Na

> forma antiga, quanto mais o homem consagrasse o seu tempo ou a sua força ao exercício dos seus direitos políticos, mais ele se julgava livre. Na espécie de liberdade dos modernos, mais o exercício dos nossos direitos políticos nos deixa tempo para o exercício dos nossos direitos privados, mais esta liberdade nos é preciosa. E daí, a necessidade do sistema representativo, que não é outra coisa senão uma organização com a ajuda da qual uma nação descarrega nalguns indivíduos dela mesma aquilo que ela não pode fazer por si só. [...] Os pobres tomam conta dos seus próprios negócios; os ricos tomam intendentes. É a História das nações modernas. O sistema representativo é uma procuração dada a um certo número de homens pela massa do povo que quer que os seus interesses sejam por eles defendidos.

III – Em contrapartida, são bem conhecidas as observações de ROUSSEAU (Du Contrat Social, livro III, cap. XVI) contra a representação:

> A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que ela não pode ser alienada: ela consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa; ela é a mesma ou é outra, não há meio termo. Os deputados do povo não são, portanto, e não podem ser seus representantes; eles apenas são seus comissários, e não podem, por si, concluir nada definitivamente. Toda a lei que o povo em pessoa não ratifique é nula; não é lei. O povo inglês pensa ser livre, mas engana-se; só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; e logo que estes são eleitos, fica sendo escravo, não é nada. Nos curtos momentos da sua liberdade, usa-a de tal modo que merece perdê-la.

E mais adiante: "Não sendo a lei senão a declaração da vontade geral, é claro que no poder legislativo o povo não pode ser representado; mas pode e deve sê-lo no poder executivo, que é apenas a face aplicada da lei".

ROUSSEAU liga as ideias de representação ao feudalismo, pois nas antigas repúblicas ela não existia, e propugna um sistema que possa reunir "a autoridade exterior de um grande povo com a polícia adequada e a boa ordem de um pequeno Estado". Tal viria a ser a forma de governo democrático radical ou comissarial da Constituição jacobina francesa de 1793 (sufrágio masculino universal, assembleias primárias, eleições anuais, sujeição dos projetos de lei do Corpo Legislativo às assembleias primárias e possibilidade de referendo em certas condições)[7].

7 Também na conceção marxista, o princípio representativo não faz sentido. Não faz sentido na sociedade capitalista por causa da divisão em classes antagónicas. E não faz sentido na sociedade socialista, assente no princípio da unidade do poder, tendo o povo sempre a faculdade de livre revogação dos mandatos dos eleitos. Cf. LENINE. *As eleições para a assembleia constituinte e em ditadura do proletariado*. Coimbra: Arcádia, 1975. E, doutra perspetiva, ORA, Gonzalo Puente. As revoluções marxistas e a validade do sufrágio universal. In: *Critério: Revista mensal de cultura*, p. 31, jan.1976.

IV – A representação política implica consideração unitária do povo e realização de fins e interesses públicos (com relevância ou não de outros interesses que realmente existam na sociedade, muitas vezes em conflito). As pessoas nela investidas representam toda a coletividade e não apenas quem as tenha designado (é o princípio explicitado, em Portugal, no art. 1.º do Ato Adicional à Carta de 1885, no art. 7.º, § 1, da Constituição de 1911 e no art. 152.º, n.º 2, da Constituição atual).

Mais ainda: não é só cada deputado que representa todo o povo, nem são todos os deputados que representam cada cidadão; são *todos* os deputados que representam todo o *povo* (e daí o art. 147.º ao definir a Assembleia da República como a assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses). Se assim não fosse, eles não poderiam deliberar sobre os assuntos do Estado.

Ora, não serão contraditórios com esta ideia de unidade a divisão do território eleitoral em círculos, as eleições parciais a meio da legislatura em sistemas de círculos uninominais e os sistemas de representação proporcional? Não: os círculos eleitorais, para lá de expedientes de ordem técnica, servem para personalizar as escolhas dos eleitores e neles existe (ou deve existir, por imperativo da igualdade) uma proporção entre o número de eleitores inscritos e o número de representantes a eleger; as eleições parciais destinam-se a completar a composição efetiva dos Parlamentos em caso de vagas; e a representação proporcional, se espelha a divisão de posições partidárias, assume, do mesmo passo, um papel integrador dentro do contraditório político.

V – O elemento volitivo patente na eleição habilita então a falar num mandato, na medida em que são os eleitores que, escolhendo este e não aquele candidato, aderindo a este e não àquele programa, constituindo esta e não aquela maioria de governo, dinamizam a competência constitucional dos órgãos e dão sentido à atividade dos seus titulares (apesar de não lhe poderem definir o objeto).

Um mandato, porém, de Direito público, inassimilável ao mandato de Direito privado. Pois a representação política é uma espécie de representação necessária imposta por lei, ao passo que o mandato representativo civil pressupõe representação voluntária. Nem há transferência de poderes: os representantes eleitos são simples titulares de órgão com competências constitucionalmente prescritas; e titulares apenas por curto, mais ou menos curto, tempo, também o fixado na Constituição[8].

Como escreve GIOVANNI SARTORI, é verdade que na representação política não há contemplatio domini, mas há uma contemplatio electionis que faz as suas vezes. É verdade que o mandato de deputado não é revogável à vontade pelos seus representados, mas a sua irrevogabilidade não é inamovibilidade e deve considerar-se que, para efeito prático, eleições periódicas correspondem (na expressão de CARRÉ DE MALBERG) a uma "faculdade intermitente de revogação". É verdade que não há modo de obrigar o representante a ajustar-se ao cargo recebido, mas seria mais exato dizer que a diferença vale pro tempore e que a ausência de obrigação direta e formal consegue tão somente impedir a instauração de uma submissão indireta e substancial[9-10].

8 Cf., por exemplo, LINZ. Juan J. Les contraintes temporelles de la démcratie. In: *À la recherche de la démocratie*. Mélanges offerts à Guy Hermet, obra coletiva, (Org. Javier SANTISO). Paris: 2002, p. 13.

9 Teoria…, op. cit., p. 84.

10 Cfr. SMEND, Rudolf . *Constitución y Derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 79-85, considerando a eleição como uma forma de integração pela reincorporação activa de todos os grupos na vida política.

1.3 REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Em sede diferente da representação política, situa-se a *democracia participativa* (mencionada no art. 2.º, *in fine* da Constituição) enquanto expressão da relevância dos grupos, das associações, das instituições existentes na sociedade civil junto dos órgãos de poder.

Reconhecida a existência de interesses diversificados e até, por vezes, contrastantes na vida coletiva e acolhida a sua integração nesses grupos procura-se trazê-los para dentro dos procedimentos políticos de modo a tornar patentes as suas posições e a inseri-las na ponderação do interesse geral[11]. Somente os órgãos do poder político – ancorados no princípio eletivo – podem decidir, mas à legitimidade de base que possuem pode acrescer uma legitimidade pelo procedimento[12].

2. A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

2.1 DO GOVERNO REPRESENTATIVO LIBERAL À DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

I – É a tese do governo representativo, e não a do governo comissarial (da França jacobina de 1792-1795), que vinga com as grandes revoluções liberais ou que, sem revolução, é adotada em alguns países onde se consegue fazer a experiência de reformas e de transições pacíficas.

E as componentes principais do governo representativo são então:

a) A soberania nacional ou princípio de que o poder reside essencialmente (isto é, potencialmente) no povo, na nação[13];

b) A incapacidade da nação de exercer o poder e, por conseguinte, a necessidade de o "delegar" em representantes por ela periodicamente eleitos, únicos que o podem assumir[14];

c) O sufrágio restrito[15];

d) A natureza puramente designativa da eleição, destinada apenas à seleção dos governantes entre os cidadãos mais aptos;

Ou LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição. Brasilia: UNB, 1980. p. 140 - a eleição repetida periodicamente, converte-se num processo em que o sistema político se pode orientar pela sua própria história e pode aprender a reagir a si mesmo à sua acção na sociedade; um sistema político, criado por meio de eleições, pode comportar tantas alternativas que se pode autolegitimar num processo selectivo de decisão.

11 Cf. a audição das comissões de trabalhadores e das associações sindicais na elaboração das leis do trabalho [art. 54, n. 5, alínea *d*), e art. 56, n. 1, alínea *a*)]; a participação das organizações representativas dos trabalhadores e das atividades econômicas na definição das principais medidas econômicas e sociais [art. 80, alínea *g*)] e a participação dessas organizações e das organizações representativas das famílias no Conselho Econômico e Social (art. 92, n. 3); assim como a participação das associações de consumidores (art. 60, n. 3), a das organizações de trabalhadores e de beneficiários da segurança social (art. 63, n. 2), a das associações representativas das famílias [art. 67, n. 2, alínea *f*)], a das associações de professores, de alunos e de pais e das comunidades e instituições de carácter científico (art. 77, n. 2) e a das organizações representativas de trabalhadores rurais e de agricultores (art. 98) na definição das políticas relativas às respetivas áreas (art. 98). Cf. *Manual* …, VII, Coimbra, 2007. p. 32.

12 Cf., embora diferente, a perspetiva de legitimidade de Niklas Luhmann, op. cit., maxime p. 30-158.

13 Em Portugal, Constituições de 1822 (art. 26), de 1838 (art. 33) e de 1911 (art. 5).

14 Cfr. a noção de lei da Constituição de 1822: "Lei é a vontade dos cidadãos declarada pela unanimidade ou pluralidade dos votos dos seus representantes juntos em Cortes…" (art. 104).

15 Por exemplo, na Grã-Bretanha, antes de 1832, só 5% dos cidadãos tinham direito de voto.

e) A autonomia dos representantes relativamente aos eleitores[16], em virtude da natureza da eleição, do princípio de que representam toda a nação, e não só os círculos por que são eleitos, e da proibição do mandato imperativo;

f) A limitação dos governantes pelas regras da separação dos poderes e pela renovação periódica através das eleições.

A representação (vista ainda na perspetiva da separação entre Estado e sociedade) reduz-se à legitimação dos governantes pelo consentimento dos governados[17]; e a renovação menos à ideia de que estes não alienam a soberania do que à preocupação de impedir os abusos da demasiado longa ocupação do poder. Mais importante do que promover a participação de todos os cidadãos parece aos arautos do liberalismo promover um governo conforme à razão (uma espécie de aristocracia burguesa eletiva) e que salvaguarde os direitos e garantias individuais[18].

II – As grandes transformações do Estado e da sociedade, na passagem do século XIX para o século XX e ao longo deste século, levam a que o governo representativo ceda o lugar à democracia representativa, dele distinta nas ideologias e nas tensões a que dá vazão, a despeito da continuidade de alguns princípios e da coincidência formal de institutos. E é no seu contexto que se vão inserir as reformas do Estado social de Direito[19].

Eis as traves-mestras desta nova forma de governo:

a) A soberania nacional entendida agora não tanto como princípio de legitimidade quanto como princípio de titularidade do poder no povo;

b) A possibilidade de ter o povo, sujeito do poder, uma vontade, atual ou conjetural, jurídica e politicamente eficaz;

c) A concorrência da vontade do povo, manifestada pelo colégio de todos os cidadãos com direitos políticos, com a vontade manifestada pelos órgãos governativos de carácter representativo – e isso quer a nível de Estado quer a nível regional e local;

d) A eleição como servindo não apenas para a escolha dos governantes (dos titulares dos órgãos da função política) mas também para a escolha de grandes opções programáticas;

e) O sufrágio universal e, com ou sem constitucionalização, o papel dos partidos políticos.

IV – Os regimes totalitários e autoritários, apesar de se oporem ao Estado constitucional do liberalismo político (ou de o quererem ultrapassar) mantêm, entre outras formas, as eleições.

Nos regimes marxistas de tipo soviético, é a ideia de democracia unânime, em que os eleitores são chamados a confirmar as listas de candidatos apresentados pelo partido comunista.

Nos regimes fascistas e autoritários de direita, se não se chega a suprimir o sufrágio direto e individual, a doutrina realça o sufrágio corporativo, a representação institucional e a representação de interesses como mais conformes com os seus princípios.

16 Cf. MONTENEGRO, Artur. *Direito Constitucional Comparado* - (extracto de lições ao curso jurídico de 1913 por Ambrósio Neto, Martinho Simões e José Fortes), p. 7: o regime representativo é o governo autónomo da nação pelos seus representantes.

17 Por isso, Georges Burdeau fala em democracia governada, contraposta à democracia governante do século XX: *Traité de Science Politique*, 2. ed., v. 5, 6 e 7, Paris, 1970-72.

18 Cf., entre nós, por exemplo, Almeida Garrett, *Carta de guia para eleitores*, 1826 (há reedição de 2005).

19 Cf., por todos, Pier Luigi Zampetti, *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti*, Milão, 1965.

Nuns e noutros regimes, a eleição é eleição em sentido formal, não em sentido material, não resulta de competição plural[20]. Nem o povo equivale à totalidade dos cidadãos, das pessoas com a cidadania ou nacionalidade do Estado; equivale ou às classes trabalhadoras (conceção marxista), ou à raça (conceção nacional-socialista); ou dilui-se no Estado (conceção fascista) ou na nação (conceção salazarista)[21].

2.2 DO SUFRÁGIO RESTRITO AO SUFRÁGIO UNIVERSAL

I – ROUSSEAU[22] entendia que todo o indivíduo, enquanto membro da coletividade, tinha um direito intangível de participar no exercício da soberania. Era uma decorrência imediata da conceção de *soberania popular*, que defendia, vendo o povo atomisticamente através dos cidadãos seus componentes, de tal sorte que cada cidadão recebia uma parcela do poder político[23].

Diversamente, a conceção de *soberania nacional* como soberania do povo (da nação, no sentido revolucionário) ou da coletividade, e não de cada um dos seus membros, levaria a que se pudesse entender que, se todo o indivíduo era cidadão, nem todo o cidadão era cidadão ativo ou titular de direitos políticos.

Mas apontavam-se também razões de carácter político para que, na época liberal, se recusasse o sufrágio universal[24]: razões ligadas à ideia de cidadão livre; livre de ignorância ou de dependência, com que se identificava o liberalismo; razões de defesa do sistema representativo contra o regresso ao Antigo Regime, no caso de terem direito de voto os analfabetos e os dependentes; razões de classe – da classe burguesa, que se havia substituído à nobreza tradicional como classe dominante.

Bem elucidativo do modo como o iluminismo encarava o sufrágio é o seguinte passo de KANT [25]:

> Só a capacidade de votar qualifica o cidadão como tal; mas essa capacidade pressupõe a independência daquele que, no povo, não quer ser meramente parte da comunidade, mas também membro dela, quer dizer, quer ser uma parte da comunidade que age segundo o seu próprio arbítrio em conjugação com outros. Mas a última qualidade torna necessária a distinção entre cidadão ativo e passivo, se bem que o conceito deste último pareça estar em contradição com a explicitação do conceito de cidadão em geral. – Os exemplos seguintes podem servir para superar esta dificuldade: o aprendiz ao serviço de um comerciante ou de um artesão; o serviçal (não me refiro ao que está ao serviço do Estado); o menor (*naturaliter vel civiliter*); as mulheres e, em geral, aqueles que não possam prover à sua existência (ao seu sustento e proteção) por via da própria atividade, mas que se vêem forçados a colocar-se na dependência de outrem (que não

20 Cf., por todos, CAGGIANO, Mônica H. S. *Direito Parlamentar e Direito Eleitoral*. São Paulo: Manole, 2004. p. 75-76.
21 Cf. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed., tomo III. Coimbra: Coimbra, 2010 p. 84.
22 *Du contrat social*, livro IV, cap. II e III.
23 Conceção essa, por seu turno, corolário do pacto social, em que cada um, dando-se a todos, não se dava a ninguém e em que cada um ganhava o equivalente daquilo que perdia (ibidem, livro I, cap. VI e VII).
24 Cf., por todos, CONSTANT, Benjamin. *Principes de Politique*. Paris: Alexis Eymery, 1815. p. 104; SISMONDI, Sismondi e. *Études sur les Constitutions des peuples libres*. Bruxelas: Société typographique Belge, 1839. p. 40; ALCOFORADO, Manuel. *Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas*, cit.; MARNOCO; SOUSA. Direito Político: poderes do Estado: sua organização segundo a sciencia politica e o direito constitucional português. Coimbra : França Amado, 1910. p. 464.
25 *Metafísica dos Costumes*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 180-181.

> o Estado), carecem de personalidade civil e a sua existência é, por assim dizer, somente inerência. – O lenhador que emprego na minha propriedade rural, o ferreiro na Índia que com o seu martelo, a sua bigorna e o seu fole se desloca de casa em casa para aí trabalhar o ferro, em comparação com o marceneiro ou ferreiro europeus, que podem pôr publicamente à venda como mercadorias os produtos do seu trabalho; o precetor, em comparação com o mestre-escola, o meeiro em comparação com o arrendatário, etc., são meros serventes da comunidade, dado que têm que ser mandados ou protegidos por outros indivíduos, não possuindo, portanto, independência civil.
>
> Não obstante, esta dependência em relação à vontade de outros e esta desigualdade não se opõem de modo algum à sua liberdade e à sua igualdade como homens, que, em conjunto, constituem um povo; ao invés, atendendo somente às suas condições, este povo pode constituir-se em Estado e entrar numa constituição civil. Mas nesta constituição nem todos estão qualificados com o mesmo direito para votar, quer dizer, para ser cidadãos e não meros elementos do Estado. Porque do facto de poderem exigir ser tratados por todos os demais como partes passivas do Estado, de acordo com leis da liberdade natural e da igualdade, não se infere o direito a agir em relação ao Estado como membros ativos, a colaborar na sua organização ou na introdução de certas leis.

II – Por outro lado, a interpretação do mandato representativo dominante – fruto da separação liberal entre o Estado e sociedade e de uma visão não verdadeiramente democrática da representação política – não conseguia estabelecer mediação possível entre a nação ou povo e os órgãos do Estado, na medida em que sustentava que a nação só podia formar uma vontade e, por conseguinte, exercer a soberania através dos seus representantes (era o que, por exemplo, dizia expressamente o art. 26.°, da Constituição de 1822)[26].

Mas as condições e as conceções do século XX vão levar a encarar, sob nova feição, toda esta problemática.

São as relações de Estado e sociedade, agora em crescente comunicação, que conferem à eleição um lugar obrigatório de ponto de passagem de uma a outra instância. Os partidos assumem um papel crescente nos mecanismos políticos. Enfim, e sobretudo, da generalizada aceitação do princípio democrático extrai-se não só a conclusão de que o povo ou os eleitores podem formar uma vontade juridicamente eficaz como também a de que esta deve ser a vontade fundamental do Estado e de que as suas opções devem servir de critério de atuação dos governantes.

III – A extensão do sufrágio adquire um enorme significado político e social pela correspondência que se verifica entre a composição do eleitorado e os inte

26 Cf., entre tantos, o discurso de Manuel Fernandes Tomás na sessão de 10 de agosto de 1821 das Cartas Gerais, Extraordinárias e Constituintes (*Direito das Cartas*, 1821, p. 1849-1850): "O direito que tem a nação quando elege os deputados é o direito que compete a cada um dos cidadãos individualmente, mas não é exercício da soberania, porque não legisla, não executa as leis, não julga, não administra. O exercício de direitos de soberania nunca pode estar coletivamente na nação; ela elege os seus representantes para exercitarem a soberania, pois que ela a não pode exercitar por si coletivamente; portanto, não podemos chamar ato de soberania ao direito que compete a cada um dos cidadãos para nomear os seus representantes".

resses prosseguidos através dos corpos eletivos e, portanto, através da eleição (e este problema não escapou logo a autores tão diversos como Benjamin Constant e Bentham). Na verdade, se um pequeno número de eleitores realiza os interesses de um pequeno número de cidadãos, torna-se lícito presumir que um grande número (ou uma grande proporção) de eleitores virá defender interesses respeitantes à maior parte da coletividade.

O governo representativo surgiu numa altura em que os antigos laços vindos da Idade Média (fundados no nascimento, nas corporações de artes e ofícios, na vizinhança, etc.) tinham já cedido perante os laços mais fortes derivados do sentimento nacional e do poder centralizador. Mais do que expressão de uma visão individualista do mundo, o sufrágio individual, direto ou indireto, é consequência da relação imediata entre os cidadãos e o Estado, inerente à organização política moderna, insista-se.

Não admira, por isso, que o sufrágio orgânico ou corporativo não tenha tido quase nenhuma aplicação. Porque o político visa o interesse geral, quando a representação profissional substitui o Parlamento tradicional, então a formação da vontade política acaba por se operar fora do Parlamento (G. LEIBHOLZ) – como acontece nos regimes autoritários.

Como escreve Marcelo Neves,

> [...]sem a eleição democrática ou um equivalente funcional parece impossível, na sociedade complexa de hoje, que os sistemas político e jurídica não se identifiquem excludentemente com conceções ideológicas globalizantes e interesses de grupos privilegiados; a falta de eleição democrática conduz, nas condições atuais, à identificação do "Estado" com determinados grupos e, com isso, à indiferença do sistema jurídico, inadequado à complexidade da conexão de comunicações, expectativas e interesses constitutivos da sociedade[27].

IV – Gradualmente, a partir do segundo quartel do século xix e ao longo de mais de cem anos, ir-se-ia alargando o sufrágio, até se chegar ao sufrágio universal[28]. E para tanto contribuiriam ainda diferentes fatores:

– O avanço das ideias democráticas[29];

– A questão social criada pela revolução individual e que mostrou aos operários a necessidade de se organizarem politicamente e de acederem ao Parlamento para defesa dos seus direitos e reivindicações[30], assim como mostrou à burguesia a conveniência de os integrar para evitar convulsões revolucionárias como as de 1848;

27 *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Academica, 1994. p. 79-80.

28 Cf. FERRERO, Guglielmo. *Pouvoir*: les génies invisibles de la cité. Nova Iorque: Brentano's, 1942. p. 198; MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Lisboa: Coimbra Editora, 1968. p. 60; BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. 2. ed., tomo 6, v. 7. Paris: L. G. D. X, 1971. p. 94; BRAUD, Philippe. *Le suffrage universel contre la démocratie*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980.; REMOND, René. Pour une histoire idéologique du suffrage universel. D'une utopie contestée au consensus relativisé. In: *Itinèraires*: Études en l'honneur de Léo Hamon. Obra colectiva, Paris: Economica, 1982. p. 563.(Collection Politique Comparée).

29 Para Alexis de Tocqueville (*De la Démocratie en Amérique,* in J-P. Mayer (dir.), Oeuvres Complètes. Paris: Gallimard, 1951. p. 90.tomo I, 2. v.), trata-se de uma das regras mais invariáveis que regem as sociedades: à medida que recua o limite dos direitos eleitorais, sente-se necessidade de recuar mais, porque, depois de cada nova concessão, as forças de democracia aumentam e as suas exigências crescem com o seu novo poder.

30 Cf. MARX, Karl. *Oeuvres choisies.* (Org. Norbert Guterman e Henri Lefebure). Paris: Gallimard, 1963. p. 284.

– Independentemente da opção entre soberania popular e soberania nacional, a incongruência, reconhecida por muitos liberais, de se manter à margem da vida política a maior parte dos cidadãos;

– O serviço militar obrigatório[31] e a necessidade de compensar os sacrifícios pedidos às classes trabalhadoras aquando de grandes conflitos armados (como foi a primeira guerra mundial);

– Os progressos educativos, com redução e até erradicação do analfabetismo.

Naturalmente, estes fatores projetar-se-iam mais cedo e mais eficazmente nos países mais evoluídos económica e socialmente.

V – Quanto às mulheres, as Constituições do século XIX, na quase totalidade dos países, não excluíam formalmente o seu acesso ao sufrágio. Eram os paradigmas socioculturais prevalecentes que levavam os textos a ser lidos como se elas estivessem fora da política.

Seria outrossim um longo percurso até alcançarem a cidadania ativa (algo paradoxalmente, muito mais tarde na Suiça, a mais antiga democracia europeia, do que nos outros países da Europa). Um processo em que foram protagonistas, mas em que tudo também resultou – tal como no Direito da Família e no Direito do Trabalho – de um entendimento mais exigente do princípio da igualdade[32].

2.3 OS PARTIDOS POLÍTICOS E O PRINCÍPIO REPRESENTATIVO

I – Fenómeno ligado ao constitucionalismo moderno, o fenómeno dos partidos políticos[33] não surgiu, todavia, de imediato. Aquando da Revolução francesa, designadamente, não terá havido senão clubes políticos (girondinos, jacobinos e outros). Precursores dos partidos terão sido, sim, os *tories* e os *whigs* na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII e os grupos de federalistas e de republicanos formados nos Estados Unidos após a independência. E as primeiras estruturas partidárias algo complexas recortam-se, quase na mesma altura, em ambos estes países, entre 1825 e 1835 (tornadas necessárias na Inglaterra devido às reformas eleitorais).

31Cf.HINTZE, Otto. *Stato e Esercito*. Trad. Petrucci N. e Violante P. Palermo: Flaccovio, 1991, p. 42.

32 Cf., por todos, FULFORD, Roger. *Votes for Women*: the story of a struggle. Londres: Readers Union: Faber & Faber, 1958; RAPOSO, Vera Lúcia Carrapeto. *O poder de Eva*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 39-83; CARVALHAIS, Isabel Estrada. *Os desafios da cidadania pós-nacional*. Porto: Afrontamento,
2004. p. 63.

33 Sobre os partidos em geral (embora mais em perspetiva de Ciência Política), v., por exemplo, OSTROGORSKI, Moisei. La démocratie et les partis politiques. Paris: Le Seuil,1902; MICHELS, Robert. *Les Partis Politiques*. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties. Trad. Dr. S. Jankélévitch. Paris: Flammarion, 1971; VESTUTI, Guido. *Il partito politico*: una introduzione critica. Milão, Giuffrè, 1962; DUVERGER, Maurice. *Les Partis Politiques*, op. cit.; JENNINGS, Ivor. *Party Politics.* Cambridge: Cambridge University Press, 1960-1961. 2 v.; VESTUTI, Guido. *Il Partito Politico:* una introduzione critica. Milão: Giuffrè, 1962.; SCHATTSCHNEIDER, E. E. *Regimen de Partidos* (Party Government). Madri: Tecnos, 1964.; NEUMANN, Sigmund (ed.). *Partidos políticos modernos* (Modern Political Parties). Madrid: Tecnos, 1965.; ZAMPETTI, Pier Luigi. *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti*, Milão: Giuffrè,1965.; CHARLOT, Jean. *Les Partis Politiques*. Paris: Librairie Armand Colin, Dossiers U2, 1971.; JAMES, Judson L. *American Political Parties*. Londres: University of London Press, 1971.; LA PALOMBARA, Joseph; WEINER, Myron (eds.). *Political Parties and Political Development*. Princeton: Princeton University Press, 1972. (reimp.); SARTORI, Giovanni. *Parties and party systems*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1976. v.1.; SEILER, Daniel-Louis. *Partis et Familles Politiques*. Paris: PUF, 1980.; DAALDER, Hans; MAIR, Peter (eds.). *Western European Party Systems:* continuity and change. Londres: Sage Publications, 1983.; VON BEYME, Klaus. *Political Parties in Western Democracies*. Hampshire: Gower, 1985.; OFFE, Claus. *Partidos politicos y nuevos movimientos sociales*. Madrid: Ed. Sistema, 1992. (reimp.); BLONDEL, Jean. Toward a Sistematic Analysis of Government: party relationships. In: *International Political Science Review*, n. 2, v. 16, p. 127-143, 1995.; JALALI, Carlos. *Partidos e Democracia em Portugal 1974-2005*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2007.; BELCHIOR, Ana Maria. *Democracia e Representação Partidária*, Lisboa: ICS, 2010.

Os partidos vão, entretanto, aparecendo em todos os países com regimes liberais, dotados de estruturas mais ou menos sólidas ou mais ou menos frágeis consoante as estruturas económicas, sociais, culturais e políticas respetivas. Umas vezes provêm dos Parlamentos, outras vezes resultam de transformação de grupos empenhados no recenseamento e na propaganda eleitorais; uma vezes são criados por uniões sindicais ou trabalhistas, outras vezes surgem sob o impulso de interesses económicos. Umas vezes, implantando-se, conseguem libertar-se das suas origens; outras vezes ficam a elas amarrados.

Ao passo que os partidos no século XIX eram partidos de *quadros* ou de *notáveis*, os partidos do sufrágio universal tenderam a ser, até há pouco, partidos de massas e de integração (SIGMUND NEUMANN). Aqueles começaram por refletir uma estrutura sociopolítica homogénea; estes, mesmo pretendendo-se interclassistas, nunca deixaram de revelar clivagens sociais. Tal como viriam a ser muito mais intensos os contrastes ideológicos no século XX do que no século XIX.

II – A ideia de partido dir-se-ia implicar a concorrência na disputa do poder e a sucessão ou alternância no exercício deste[34], consoante os resultados das eleições.

Nos regimes pluralistas, os partidos exprimem, simultaneamente, o princípio da liberdade política, o reconhecimento da diversidade de correntes de opinião pública e a solidariedade dos indivíduos ao exercerem direitos políticos. Nos regimes totalitários, as liberdades públicas e a ordem político-constitucional esgotam-se no partido único; só se concebe expressão de ideias no interior dele; as decisões fundamentais do Estado dimanam do aparelho do partido, e não do aparelho formal do Estado; e a interpretação da Constituição faz-se segundo as suas diretrizes[35]. A meio caminho ficam os regimes autoritários.

Correspondem a tipos diferentes o partido do pluralismo, em concorrência com outros partidos, e o partido único ou hegemónico que se identifica com o poder e que até poderia ser alçado a órgão do Estado. Por outro lado, a estrutura e as funções dos partidos afetam os regimes e as formas de governo diretamente: a democracia representativa possui instituições distintas das da forma de governo leninista e da forma de governo fascista ou fascizante.

O cerne da democracia representativa e liberal consiste no direito de todos os partidos de chegarem ao poder, mediante eleições, e no reconhecimento da liberdade de ação política da oposição. A maioria constitui então Governo e a minoria fica na oposição para a fiscalizar; mas a minoria de hoje pode vir a ser a maioria de amanhã, e vice-versa.

De facto ou de direito é patente a centralidade dos partidos, a ponto de se falar em *Estado de partidos*[36]. E embora não esgotem a intervenção política

34 Vale a pena reproduzir o seguinte passo de Gustav Radbruch: "O conceito de 'partido' encerra em si uma contradição curiosa. Partido quer dizer o mesmo que parte, parte ou fração dum todo; e contudo é da essência dessa 'parte' o aspirar a dominar toda a vida do Estado. Por outro lado, se o partido deixa de ser apenas *parte* e se transforma no *todo*, corre o perigo de se converter na pior de todas as formas de despotismo. […] É indubitável que o cidadão costuma pensar só dentro *dum único* partido, que é naturalmente o *seu*. Mas o homem de Estado é que não pode pensar só pela cabeça dum partido. Tem de pensar *por partes*, adotando a visão de vários, porquanto apenas através da pluralidade e riqueza das diferentes e entre si contraditórias exigências dos partidos pode o espírito colectivo achar a sua genuína e completa expressão. Todo o partido carece doutro partido para achar um equilíbrio, sob pena de recairmos em todos os perigos do *partido único*." Em: *Filosofia do Direito*. 4. ed. Coimbra, 1961, p. 215. v. 1.

35 Como se lia no art. 6.º da Constituição soviética de 1977: "O Partido Comunista da U.R.S.S. constitui a força dirigente e orientadora da sociedade e do Estado, o núcleo do seu sistema político e de todas as organizações estatais e sociais".

36 Cf., por exemplo, LEIBHOLZ, Gerhard. Démocratie répresentative et État de Partis moderne. In : *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, n. 2-1, p. 51, jan.-mar. de 1952., e *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971. p. 67.; ZAMPETTI, Pier Luigi. op. cit., p. 99.; GARCIA-PELAYO, Manuel. *El*

relevante de outros grupos ou associações de cidadãos, eles tornam-se – a par ou em complemento dos cidadãos – individualmente considerados – os sujeitos fundamentais da dinâmica democrática.

Sabe-se também que o funcionamento do sistema de governo em cada país depende do sistema de partidos[37], em relação com o sistema eleitoral – relação, aliás, recíproca e não em sentido único, pois a escolha deste ou daquele sistema eleitoral faz-se em razão do sistema de partidos preexistente ou do que se pretenda vir a construir.

III – O Direito público do século XIX, naturalmente, ignorava os partidos políticos – quer por causa do então seu menor relevo, quer por causa de uma postura menos favorável às associações em geral ou da conceção, dominante no liberalismo, de uma ordem político-social tanto mais idónea quanto menos sujeita a intervenção ou regulação pelo Estado.

Pelo contrário, as leis e, muitas vezes, também as Constituições dos séculos XX e XXI, cuidam dos partidos sob múltiplos aspetos, seja no âmbito dos direitos fundamentais, seja no da organização do poder político ou num e noutro; e conferem-lhe um estatuto peculiar. Constem ou não da Constituição formal, eles inscrevem-se, necessariamente, na Constituição material[38].

Não se trata apenas do reconhecimento dos partidos, de uma garantia institucional da existência dos partidos políticos. Trata-se, por imperativos de liberdade, igualdade e transparência do contraditório político (ou, se se quiser, do *mercado político*) ou por decorrência de determinados princípios constitucionais, de regras mais ou menos numerosas e minuciosas sobre requisitos de formação e registo, sobre a condição dos membros, sobre relações com outras entidades, sobre financiamento e fiscalização de receitas e despesas, sobre intervenção

Estado de Partidos. Madrid: Alianza Ed., 1986.

37 Continuam a dominar os esquemas interpretativos a partir do número de partidos: sistemas monopartidários, bipartidários (perfeitos e imperfeitos) e multipartidários (atomizados ou não). Mas é necessário atender ainda à força relativa dos partidos, ao seu grau de aproximação ou distanciamento e ao papel que efetivamente desempenham. E uma das mais interessantes análises nesta linha é a de Giovanni SARTORI (op. cit, p. 119), para quem o número não é importante só por si (só o é enquanto afeta a mecânica ou o funcionamento do sistema) e que considera também os conceitos de pólo, polaridade (estado do sistema) e polarização (processo).

38 Sobre o Direito dos partidos políticos, cf. PELLOUX, Robert. Les partis politiques dans les Constitutions d'après-guerre. In: *Revue du droit public*, Paris, v. 41, n. 51, p. 238–266, 1934; QUINTANA, Segundo Linares. *Los Partidos Politicos Instrumentos de Gobierno*. Buenos Aires: Alfa, 1945; VIRGA, Pietro. *Il partito nell'ordinamento giuridico*. Milão: A. Giuffre, 1948; ARRIGHI, Pascal. *Le Statut des Partis Politiques*. Paris: Lib.ie Gle. de Droit et de Jurisprudence, 1948; ESPOSITO, Carlo. *La Costituzione italiana Saggi*. Pádua: Cedam, 1954. p. 215.; MORTATI, Costantino. Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento costituzionale italiano. In: *Studi in memoria di V. E. Orlando (Org)*. Pádua: Cedam, 1957. p. 111. 2. v. ; PEISER, Gustave. L'institutionnalisation des partis politiques en République Fédérale Allemande. In : *Revue du droit public*, Paris, p. 639-698, 1959; KHEITMI, Mohammed Rechid. *Les partis politiques et le droit positif français*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence , 1964; LEONI, Francisco. A regulamentação do partido político nos países democráticos do Ocidente. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 63, n. 213, p. 43–51, jan./mar., 1966; MASSIEU, Francisco Ruiz. *Normación constitucional de los partidos politicos en America Latina*. México : UNAM, 1974; RESCIGNO, Giuseppe Ugo. Alcune considerazioni sul rapporto partito-stato cittadino. In: *Scritti in onore di Costantino Mortati*. Milão: Giuffrè, 1977. p. 957. Obra coletiva, v. 3.; BACHOF, Otto. *O direito eleitoral e o direito dos partidos políticos na República Federal da Alemanha*. Coimbra, 1982; RIDOLA, Paolo. Partiti politici. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1982, p. 66, v. 32.; SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Os partidos políticos no Direito constitucional português*. Braga: Liv. Cruz, 1983; CASTILLO VERA, Pilar del. La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales. In: *Quaderni Costituzionali*, Madrid, 1985, ano 8, n. 3, dez. 1988; ENCINAR, José Juan Gonzalez (coord.). *Derecho de partidos*. Madrid: Espasa-Calpe, 1992; SOMMA, Alessandro. Aspetti della disciplina dei partiti nell'ordinamento tedesco: dal BGB al Parteiengesetz. In: *Politica del Diritto*, v. 24, p. 67, 1993; GOUVEIA, Jorge Bacelar ; CABRITA, Ana Rita. Partidos políticos. In: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1. supl., 1998. p. 34; MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito partidário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; CONDE, Enrique Álvarez. *El Derecho de Partidos*. Madrid: Colex, 2005.

nos procedimentos eleitorais, sobre outros direitos de participação política, sobre inserção nos órgãos constitucionais.

IV – O peso dos partidos na vida pública reflete-se necessariamente sobre os mecanismos representativos[39].

Uma tese radical tenderia a afirmar que a representação política se teria convertido em representação partidária, que o mandato verdadeiramente é conferido aos partidos e não aos deputados e que os sujeitos da ação parlamentar acabam por ser não os deputados, mas os partidos ou quem aja em nome destes. Por conseguinte, deveriam ser os órgãos dos partidos a estabelecer as posições a adotar pelos deputados, sujeitos estes a uma obrigação de fidelidade.

Esta conceção levada às últimas consequências – com as comissões políticas ou os secretariados exteriores ao Parlamento a impor aos deputados o sentido do voto ou, no limite, a impor a suspensão ou a cessação do seu mandato – transformaria a assembleia política em câmara corporativa de partidos e retirar-lhe-ia a própria qualidade de órgão de soberania, por afinal deixar de ter capacidade de livre decisão. Se a democracia assenta na liberdade política e na participação, como admitir que nos órgãos dela mais expressivos, os Parlamentos, os deputados ficassem privados de uma e outra coisa[40]?

Estaria ainda bem patente a preterição da igualdade política dos cidadãos. Pois só os que fossem filiados em partidos poderiam (admitindo democraticidade interna) interferir, através dos respetivos órgãos, na condução das atividades parlamentares. Os outros cidadãos teriam o sufrágio reduzido a uma espécie de contrato de adesão.

O entendimento mais correto, dentro do espírito do sistema, parece dever ser outro. A representação política hoje não pode deixar de estar ligada aos partidos, mas não converte os deputados em meros porta-vozes dos seus aparelhos. Pode dizer-se que o mandato parlamentar é (salvo em situações marginais) conferido tanto aos deputados como aos partidos; não é aceitável substituir a representação dos eleitores através dos eleitos pela representação através dos dirigentes partidários, seja qual for o modo por que estes sejam escolhidos.

Dando como certo o carácter bivalente da representação política, importa procurar o enlace, o ponto de encontro específico de deputados e partidos. E

39 Cf., por exemplo, FURLANI, Silvio. *Rappresentanza politica*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Utet, 1957. p. 874 -875. v. 14; LEIBHOLZ, Gehrard. op. cit., loc. cit., p. 54-59, e entrevista a *Quaderni Costituzionali*, p. 482-483; BACHOF, Otto. op. cit., p. 9; WHEARE, K. C. *Legislatures*, 2. ed. Londres: Oxford University Press, 1968. p. 43; BIRCH, A. H. op. cit., p. 97; MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 5. ed. Pádua: Cedam, 1975. p. 488; BRITO, Luiz Navarro de. O mandato imperativo parlamentar. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 56, p. 145-153, jan. 1983; CRUZ, Manuel Braga da. Sobre o Parlamento português: partidarização parlamentar e parlamentarização partidária. In: *Análise Social*, v. 24, n. 100, p. 97-125, 1988-1; SEGADO, Francisco Fernández. Partidos politicos, representación parlamentaria e interdicción del mandato imperativo. In: *Revista de las Cortes Generales*, n. 32, p. 35-86, mai.-ago. 1994; MAIHOFER, Werner. Principios de una democracia en libertad. In: (Org.). *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 272-273; VAN BIEZEN, Ingrid. Sobre o equilíbrio interno do poder: as organizações partidárias nas novas democracias. In: *Análise Social*, v. 33, n. 148, p. 685-708, 1998.; AMARAL, Maria Lúcia. *A forma*… op. cit., p. 229; MEZZAROBA, Orides. O partido político como órgão mediador da representação política. In: ROCHA, Fernando Luis Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). *Direito Constitucional Contemporâneo*: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, v. 1, p. 637-656.; RODRIGUEZ, Ricardo Chueca. La representación como posibilidad en el Estado de partidos. In: *Revista de Derecho Publico*, n. 27-28, p.25-44, 1988; GONZÁLEZ, Maria Holgado. El estatuto jurídico-político del Diputado: entre la lealtad al partido y la lealtad a su electorado. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 111, p. 45-65, set.-dez. 2017.

40 Cf. RODRIGUEZ, Gonzalo Arruego. op. cit., p. 110-111: o *status* do representante constrói-se, em democracia, por referência aos direitos de participação dos cidadãos e no processo representativo actualiza-se e torna-se presente a inclusividade participativa; por isso, a necessária liberdade do deputado é modelada qualitativa e quantitativamente; é liberdade ao serviço da representatividade democrática; e é liberdade ao serviço dos direitos cívicos de participação.

esse enlace não pode ser senão o que oferecem os grupos parlamentares como conjuntos dos deputados eleitos pelos diversos partidos. São os grupos parlamentares que exercem as faculdades de que depende a atuação dos partidos nas assembleias políticas e só eles têm legitimidade democrática para deliberar sobre o sentido do seu exercício, não quaisquer outras instâncias ou centros de decisão extraparlamentares. E por aqui se afastam quer uma pura conceção individualista, vendo o deputado isolado ou desinserido de uma estrutura coletiva, quer uma pura conceção partitocrática em que os aparelhos ou "as bases" se sobrepusessem aos deputados e aos seus eleitores.

Nem se excluem, assim, os corolários mais importantes do regime de eleição mediatizada pelos partidos, designadamente quanto à disciplina de voto ou à perda de mandato do deputado que mudar de partido. Pelo contrário, eles ficam vistos à sua verdadeira luz, a qual, em sistema democrático, só pode ser a da liberdade e da responsabilidade políticas. Pois, se os grupos parlamentares implicam uma avançada institucionalização dos partidos, são, ao mesmo tempo um anteparo ou um reduto da autonomia individual e coletiva dos deputados – dos deputados que, por serem eles a deliberar, mais obrigados ficam a votar, salvo objeção de consciência, conforme a maioria se pronunciar.

2.4 O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE POLÍTICA

I – A representação política implica a responsabilidade política, ou seja, o dever de prestar contas por parte dos governantes, a sujeição a um juízo de mérito sobre os seus atos e atividades por parte dos governados e a possibilidade da sua substituição por ato destes[41] [42].

Trata-se essencialmente de uma responsabilidade *difusa*. O Presidente da República, os Deputados e, por via indireta, os Ministros representam todo o povo. Logo, respondem perante todo o povo; e não apenas quem neles tenha votado ou (quanto aos Deputados) quem neles tenha votado nos vários círculos eleitorais. Nisto se distingue da outra forma de responsabilidade política a responsabilidade *institucional*[43], interorgânica ou responsabilidade – fiscalização que é aquilo que se verifica no interior do sistema de órgãos de poder e que têm, se efetivada, como consequência a demissão ou a cessação de funções. E nesta há ainda que

41 Tanto ou mais importantes que os procedimentos eleitorais legitimadores são os procedimentos constitucionais deslegitimadores: CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 292. Este autor fala, por outro lado, numa *responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras* em termos de auto-sustentabilidade ambiental (p. 227). Mas não parece que seja, ou que seja só, uma responsabilidade dos poderes públicos; é também da sociedade no seu conjunto, em virtude do princípio da solidariedade entre gerações [art. 66.º, n. 2, alínea *d*), da Constituição].

42 Cf. BIRCH, A. H. *Representative and Responsible Government*. Londres: Allen and Unwin, 1964. 1 v.; RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La responsabilità politica*. Milão: A. Giuffrè, 1967; AVRIL, Pierre. Pouvoir et responsabilité. In: *Mélanges offerts à Georges Burdeau*: Le pouvoir. Paris: LGDJ, 1977. p. 9-23; SCARPELLI, Uberto. Riflessione sulla responsabilità politica: responsabilità, libertà, visione dell'uomo. In: *Rivista internazionale di filosofia del Diritto*, Milão, v. 58, n. 1, p. 27–79, jan./mar. 1981; Damiano Nolilla, Responsabilità e rappresentanza. In: *Iustitia*, n. 4, p. 373-397, 1985; BEAUD, Olivier (Ed.). *La responsabilité des gouvernants*. Paris: Descartes & Cie, 1999; ZANON, Nicolo; BIONDI, Francesca (Org.). *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità*. Milão: Dott, A. Giuffrè, 2001; CARLASSARE, Lorenza (Ed.). *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*. Pádua: CEDAM, 2001; LOMBA, Pedro. *Teoria da responsabilidade política*. Coimbra: Coimbra, 2008; LAQUIEZE, Alain. La responsabilité en regime parlementaire. In: BIOY, Xavier (Dir.). *Constitution et responsabilité*. Paris: LGDJ, 2009. p. 45; CORREIA, José de Matos ; PINTO, Ricardo Leite. *A responsabilidade política*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2010; CANOTILHO, J. J. Gomes. O princípio da responsabilidade: um princípio a rever na Constituição. In: *Estado, Regimes e Revolução*: Estudos em homenagem a Manuel de Lucena. Lisboa: U. Porto, 2012, p. 119.

43 As expressões responsabilidade *difusa* e responsabilidade institucional são de Giuseppe Ugo Rescigno, op. cit., p. 113. Na doutrina portuguesa, v. já FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *Précis d'un Cours de Droit Public*. Lisboa: Imprensa Nacional,1845. p. 46. 1 v.

distinguir a responsabilidade institucional *stricto sensu*, do Governo perante o Presidente da República (arts. 190.º e 195.º, n.º 1) e a responsabilidade política, do Governo perante o Parlamento [arts. 190.º, 192.º, 193.º, 194.º e 195.º, n.º 1, alíneas *d*), *e*) e *f*)][44].

No presente estudo, não cabe cuidar desta responsabilidade institucional.

II – A responsabilidade difusa exerce-se:

a) Através da publicidade dos atos dos órgãos representativos, em especial das leis[45];

b) Através da crítica dos cidadãos no exercício das liberdades fundamentais, o que pressupõe o direito de eles serem esclarecidos objetivamente sobre os atos do Estado e demais entidades públicas e de serem informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos (art. 48.º, n.º 2, da Constituição);

c) Através das eleições no final dos mandatos, maxime através de não reeleição ou não recondução ou da não eleição de candidatos que apareçam identificados com os titulares cessantes[46];

d) Através de eleições para outros órgãos (v. g., de autarquia locais) com significado político relevante.

E, como sublinha Antonio d'Atena, o intervalo entre os atos eleitorais introduz um elemento de racionalização. Limitar a decisão do povo às escolhas periódicas dos representantes significa criar condições para a apreciação dos seus atos menos emotivamente e para que o juízo popular tenha por objeto não tanto cada uma das decisões quanto a complexa actividade por eles desenvolvida ao longo do tempo[47].

Por isso, a revogação popular do mandato adotada em alguns Estados e municípios dos Estados Unidos (*recall*), em alguns cantões suíços ou nas Constituições de Weimar, da Áustria e da Venezuela[48] [49] deve ter-se por excecional; só o não era, porventura, em Constituições marxistas-leninistas estranhas ao princípio representativo (como no art. 65.º da atual Constituição cubana).

---

44 Diferente desta responsabilidade de natureza política é, conquanto com ela imbricada (desde logo, historicamente na Inglaterra do século XVII) a responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos quando estejam em causa os chamados crimes de responsabilidade [arts. 117.º, 130.º, 157.º e 196.º e Lei n.º 34/87, de 16 de junho]. Cf. LOMBA, Pedro. op. cit., p. 52 et seq. e 63 et seq.

45 O que é uma das justificações para que sejam os Parlamentos a deter, senão o exclusivo, pelo menos o primado de competência legislativa. Também as audiências dos tribunais são públicas [art. 206.º da Constituição], mas aí para garantia da imparcialidade e para defesa dos direitos dos arguidos.

46 Como já escrevia DE LOLME. op. cit., p. 295 e 311: na eleição, o povo reelege os seus representantes cujo comportamento aprova e rejeita aqueles que deram lugar a queixas; e, como através da imprensa, o povo conhece como agem os seus deputados, pode, assim, purificar a assembleia legislativa.

47 *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*. In: MIRANDA, Jorge; WEBER, Albrecht (Org.). *Perspectivas Constitucionais*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 443. v. 1; Cf. CONSTANT, Benjamin. op. cit., p. 94: é absurdo prever eleições tão frequentes que a opinião não possa esclarecer-se no intervalo entre elas.

48 Na Constituição de Weimar [art. 143.º], o Presidente do *Reich* podia ser destituído, precedendo voto do Parlamento, por referendo. A deliberação parlamentar tinha de ser tomada por maioria de dois terços e implicava, desde logo, a suspensão do exercício das funções presidenciais. Mas o não assentimento popular implicava uma nova eleição e tinha por consequência a dissolução do Parlamento [o que equivalia, por seu turno, a uma forma de efectivação da responsabilidade política deste].

Na Constituição austríaca [art. 160.º, n.º 6], o Presidente da República pode ser destituído por referendo deliberado pela Assembleia Federal, sob proposta do Conselho Nacional. O resultado negativo do referendo implica a dissolução do Conselho Nacional.

49 Assim como nas primeiras Constituições estaduais de São Paulo e do Rio Grande do Sul: cf. CALIMAN, Auro Augusto. O recall no Estado de São Paulo. In: *Revista de Informação Legislativa*, v.42, n. 165, p. 197-203, jan.-mar. 2005.

III – Mas a responsabilidade política é também uma responsabilidade institucional, quando manifestada através dos poderes e direitos da Oposição, decorrente do exercício coletivo ou em comum daquelas liberdades fundamentais e exigida pela necessidade de se formularem alternativas e alternâncias[50] [51].

A livre atividade da Oposição individualiza os sistemas políticos pluralistas: aqui, a maioria deve governar e a minoria deve estar na oposição (entendida como fiscalização pública dos atos dos governantes); e, portanto, a Oposição não é dos cidadãos individualmente considerados, mas sim a de aglutinados em partido político.

O direito de oposição democrática (art. 114, n.º 2), elevada a limite material de revisão constitucional [art. 288.º, alínea *i*), 2.ª parte], traduz-se, entre nós, no direito de resposta ou réplica política ao Governo (art. 40.º, n.º 2), no direito de informação regular e direta sobre o andamento dos principais assuntos públicos [arts. 114.º, n.º 3, e 180.º, n.º 2, alínea *j*)], no de determinar a ordem do dia de certo número de reuniões do Parlamento (art. 176.º, n.º 4) e no direito de interpelação [art. 180.º, n.º 2, alínea *d*)]. E meios extremos, por envolverem a responsabilidade política do Governo, são as moções de rejeição do respetivo programa e as moções de censura (arts. 192.º, n.º 3, e 194.º).

Como direitos ou poderes de âmbito geral que podem ser aproveitados para essa finalidade contam-se ainda o de fazer perguntas ao Governo [art. 156.º, alínea *a*)], o de iniciativa de inquéritos parlamentares [arts. 156.º, alínea *f*), 178.º, n.º 5, e 180.º, n.º 2, alínea *f*)], o de iniciativa de apreciação parlamentar de decretos-leis (art. 169.º), o de provocação de debates de interesse público atual e urgente [art. 180.º, n.º 2, alínea *c*)] e o de iniciativa de fiscalização da constitucionalidade ou da legalidade pelo Tribunal Constitucional [arts. 278.º, n.º 4, e 281.º, n.º 2, alíneas *f*) e *g*)].

Uma lei ordinária, dita "Estatuto da Oposição" (hoje, a Lei n.º 24/98, de 26 de maio), explicita ou acrescenta alguns direitos positivos – de informação, de consulta e de participação.

IV – Em última análise, responsabilidade política não se destina apenas a corrigir ou sancionar, em nome de princípios e fins prévia e imutavelmente aceites, a atividade governativa desenvolvida até certo momento. Todos os meios de efetivar a responsabilidade, *maxime* as eleições gerais, servem tanto para o povo avaliar o exercício do mandato dos governantes cessantes como para traçar um novo rumo para o futuro.

Também o povo é livre na responsabilização dos governantes.

2.5 DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E ESTADO DE DIREITO

I – Qualquer forma de governo procura afirmar certos valores que, conferindo-lhe sentido ou legitimidade, vêm, por um lado, alicerçar o consentimento dos governados e o projeto dos governantes e, por outro lado, construir o referente ideal de todos quantos por ela se batem.

Assim, por detrás da diversidade de conceções e formulações teóricas, avultam valores políticos sem os quais a democracia aparece desprovida de razão

50 Cf. *Manual*...v. 3, op. cit., p. 348 et seq., e autores citados.

51 Como dizia PRAÇA, Lopes. op. cit., v. 1, p. 74, o direito de discussão e de oposição é a alma, a mola real dos governos liberais.

de ser. E eles são (imporia frisar de novo) a liberdade e a igualdade[52], tal como constam da Declaração de Direitos da Virgínia, da Declaração de 1789 e da maior parte das Constituições de Estado de Direito democrático[53].

É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver. É porque todos são dotados de razão e de consciência (como proclama, por seu lado, a Declaração Universal) que eles são igualmente chamados à participação cívica, capazes de resolver os seus problemas não pela força, mas pelo confronto pluralista de ideias e pelo seu sufrágio pessoal e livre.

A liberdade revela-se, portanto, do mesmo passo, fundamento e limite de democracia. Revela-se fundamento, visto que a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade[54]. E revela-se limite, visto que a democracia não pode pôr em causa a liberdade, e a maioria é sempre maioria de conjuntura, não maioria definitiva, pronta a esmagar os direitos da minoria[55].

II – É ainda em virtude de uma opção pela liberdade, e não, simplesmente, por impossibilidade da democracia direta (de um qualquer seu sucedâneo), que se justifica a democracia representativa, porquanto:

– apenas na democracia representativa se distinguem (sem se cortarem pontes) espaço público e espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade;

– do mesmo modo, apenas na democracia representativa, se distinguem o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absolvida pelo cidadão total (caso da Atenas antiga e, sobretudo, dos regimes totalitários do século XX);

– apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados;

– somente a democracia representativa propicia o pluralismo e o contraditório (sem prejuízo do compromisso) no âmbito das assembleias representativas.

Não por acaso têm-se dito muitas vezes, que ela não constitui um *minus* no confronto com a democracia direta. Constitui um *majus*.

III – Não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientados para a sua garantia e a sua promoção. Assim como não basta afirmar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular em qualquer momento; é necessário

52 Cf. já TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la Démocratie en Amérique*. Paris: Gallimard, 1951. págs. 29 et seq. e 392 et seq. v. 2.

53 Lidas objetivamente, não de acordo com estas ou aquelas premissas filosóficas dos seus autores históricos.

54 Permita-se-nos evocar o que escrevíamos em 1973: não há regime favorável à liberdade que seja contrário à participação política, nem pode haver efetiva participação sem liberdade política [Sobre o conceito de povo em Direito Constitucional. In: *Estudos em honra do Professor Marcello Caetano*. Lisboa: Edições Ática, 1973. p. 225, nota.]

55 A liberdade e a igualdade são os valores da democracia como fundamentos dos princípios jurídico-constitucionais em que ela se estrutura. Mas têm de ser complementados ou, doutra perspetiva, sustentados por certos referenciais de ética política (ou valores democráticos em ação): o respeito da dignidade dos outros e da própria dignidade, a tolerância, o persuadir como único meio de convencer, a lealdade, a transparência. Cf., por exemplo, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. op. cit., p. 113 et seq.; DWORKIN, Ronald. La lectura moral de la democracia y la premisa mayoritaria. In: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.7, p. 3 et seq, jul.-dez. 2002.; ALVES, João Lopes. Ética e democracia: que relação? In: *Ética e o futuro da democracia*. Lisboa: Ed. Colibri, 1998. p. 9 et seq.

estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro.

Em suma: é necessário que se não verifique incompatibilidade entre o elemento subjetivo e o elemento objetivo da Constituição; que os direitos fundamentais tenham um quadro institucional de desenvolvimento[56]; que (na linha que, afinal, remonta a MONTESQUIEU) a garantia da liberdade se faça através da divisão do poder. A síntese destes princípios, o modelo ou a ideia em que se traduzem vem a ser o Estado de Direito[57].

Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, porque não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que age segundo processos jurídicos e que realiza uma ideia de Direito, seja ela qual for. Estado de Direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o Estado aceita a sua subordinação a imperativos materiais que o transcendem; só existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana[58].

Democracia representativa implica, pois, Estado de Direito e hoje não há Estado de Direito sem democracia representativa.

56 Neste sentido, v., por todos, HELLER, Hermann. *Teoria do Estado.* São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 321; ou, entre tantos, LUCIANI, Massimo. *La Costituzione dei diritti e la Costituzione dei poteri. Noterelle brevi sur un modello interpretativo ricorrente.* In: *Scritti in onore di Vezio Crisafulli.* Pádua: CEDAM, 1985. p. 497 et seq. 2 v.

57 *Estado de Direito democrático* nas Constituições de Portugal (art. 2.º), de Cabo Verde (art. 2.º), de Timor (art. 1.º), de Moçambique (art. 1.º), de São Tomé e Príncipe (art. 6.º). *Estado democrático de Direito* nas Constituições do Brasil (art. 1.º) e de Angola (art. 1.º).

58 Cf. *Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 245 et seq. e autores citados.

UNA DEMOCRACIA NADA PERFECTA: CONTINUIDADES EN LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS ESPAÑOLES DESDE LA TRANSICIÓN POLÍTICA A NUESTROS DÍAS *

FAR FROM A PERFECT DEMOCRACY: CONTINUITIES IN THE FUNDING OF SPANISH POLITICAL PARTIES SINCE THE POLITICAL TRANSITION TO DEMOCRACY TO THE PRESENT.

UMA DEMOCRACIA NADA PERFEITA: TRAJETÓRIA DO FINANCIAMENTO DOS PARTIDOS POLÍTICOS ESPANHÓIS. DESDE A TRANSIÇÃO POLÍTICA ATÉ NOSSOS DIAS.

Manuel Maroto Calatayud **

RESUMEN

En este artículo vamos a realizar un pequeño recorrido por la financiación ilegal de partidos políticos en España desde la transición política. Aunque nos vamos a centrar en la primera de ellas, se trata en realidad de dos historias, entremezcladas: la primera es la de la "financiación" de los partidos españoles desde la democracia, lo que sus prácticas y dinámicas financieras cuentan acerca de estas formaciones y, en general, acerca del sistema español de partidos. La segunda, la historia de lo "ilegal" en materia de financiación de partidos: cómo las élites políticas han reaccionado a los escándalos, y dónde han ido poniendo la línea divisoria entre lo legítimo y lo ilegítimo. Ambas retratan una democracia nada perfecta: una que, de hecho, a menudo aparenta no tener aspiraciones de perfeccionarse, sino más bien de perseverar en una cultura organizativa y partidista con fuertes anclajes en las deficiencias del sistema de partidos surgido de la transición política.

Palabras clave: Financiación ilegal de partidos políticos, corrupción, transición política, cultura política, modelos de partido, democracia interna.

ABSTRACT

This paper analyzes the practices of illegal funding of political parties in Spain since the transition to democracy. It involves two different interrelated narrations: the first one has to do with the "funding" of Spanish parties, with how their financial practices and dynamics tells us about some particularities of these political organizations and the Spanish party system. The second narration addresses the history of what is "illegal" regarding political party funding: how political elites have reacted to scandals, and how the line separating legitimate and illegitimate funding practices

* Artigo publicado na Revista de Historia Contemporanea. Hispania Nova, Nº 16, 2018. Espanha.
** Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidad Complutense de Madrid.

has evolved. Both approaches describe a far from perfect party democracy: one that, in fact, often seems not to aspire to improvement, but rather to perseverate in organizational party cultures that are strongly rooted in the deficiencies of the party system emerged from the Spanish political transition to democracy.

Keywords: Illegal funding of political parties, corruption, Spanish political transition, political culture, political party models, internal democracy

1. INTRODUCCIÓN.

Cuando en España se habla de financiación ilegal de partidos (sobra decir que se habla mucho de ella[3]) suele hacerse desde una de las dos perspectivas que esbozamos a continuación. Ambas constituyen, sin duda, componentes relevantes del fenómeno; cada una de las dos arrastra, además, sus propias limitaciones.

Para una primera aproximación, la financiación ilegal de partidos es fundamentalmente un problema de confianza pública en las instituciones. La corrupción produce desconfianza en el sistema político, y es el detonante de procesos de deslegitimación de instituciones y personalidades políticas. Esos procesos tienen diversos efectos sociológicos e institucionales, de los cuales, los que suelen recabar la mayor atención son los efectos electorales o, en su caso, la -siempre llamativa- aparente ausencia de los mismos[4]. Esta forma de pensar la financiación ilegal de partidos gira en torno a una concepción electoral de la política, y se trata de un discurso apegado a los vaivenes de la opinión pública. Con cierta frecuencia esta aproximación suele obviar los aspectos históricos, culturales, económicos, políticos y jurídicos del problema de la financiación de partidos; es la actitud que, en una de sus formas más desnudas, ha estado históricamente presente en el legislador español (recordemos, los propios partidos) a la hora de enfrentarse al problema a través de reformas legales y administrativas.

Para una segunda aproximación, más plural e interesante, la financiación ilegal es un mecanismo de distorsión y captura de las instituciones políticas, administrativas y económicas. A través de la corrupción, y en particular de la financiación de partidos, se gobierna puenteando las instituciones democráticas (*discurso democrático*), se distorsiona el funcionamiento de la administración y del orden socioeconómico (*discurso jurídico*), y se altera la libre competencia en los mercados (*discurso de mercado*). En términos políticos, esta aproximación está presente en diferentes espectros ideológicos y en una diversidad de actores con motivaciones distintas y a veces en conflicto. Si la primera aproximación presenta cierta tendencia a reducir el problema a uno que encaje en lo *opinológico*, estos discursos tienden a obviar, también, amplias esferas del problema: en particular, subrayaremos aquí, los relativos a la cultura política, los efectos de la corrupción sobre el funcionamiento del sistema de partidos español, y la relación con la sempiterna cuestión de la democracia interna de las organizaciones políticas con

3 Ver J. M. FERNÁNDEZ CALLEJA, "La crisis económica y los escándalos de corrupción aumentan la audiencia de los debates televisivos", *Opción*, n. 11 v. 32, 2016

4 M. CAÍNZOS y F. JIMÉNEZ, "El impacto de los escándalos de corrupción sobre el voto en las elecciones generales de 1996", *Historia y política*, n. 4, 2000; B. BARREIRO, e I. SÁNCHEZ CUENCA, "Las consecuencias electorales de la corrupción", *Historia y política*, n. 4, 2000; M. VILLORIA y F. JIMÉNEZ, "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 1 v. 138, 2012

las prácticas de financiación. En alguna de sus variantes se percibe también una tendencia a la *simplificación conspirativa* de relaciones que en realidad son más complejas y dependientes de inercias históricas y del contexto sociológico y político que una simple compraventa de la política.

Como un problema añadido, a ambas concepciones les es común una comprensión *casuística*: el problema de la financiación ilegal de partidos es tratado como una sucesión de *casos* y de *escándalos,* no del todo conectados entre sí. Sin duda esto tiene que ver con cuáles son las dos vías por las que la financiación ilegal llega al debate público: los procesos judiciales y la información periodística. La comprensión en formato de casos tiende, también, a obviar las continuidades y los contextos, a dibujar *tramas* corruptas como episodios de desviación de la norma y como rituales de caída y expiación en el plano de la ética política. Contra esta tónica general, existe una necesidad de innovar en las formas de narrar el problema de la financiación de los partidos en nuestro país, de crear nuevas maneras de comprender la corrupción e intervenir en la materia[5].

En este sentido, la narración que vamos a hacer aquí de la financiación ilegal de partidos en la democracia española no es cronológica, y menos aún exhaustiva; por el contrario, lo que se busca es subrayar algunas formas de pensar el problema a menudo infrarrepresentadas en la discusión respecto al mismo[6]. Queremos ilustrar, aunque sea tangencialmente, una cuestión: la de la influencia de las prácticas de financiación sobre la formación y consolidación de los modelos organizativos de los partidos españoles. En definitiva, la cuestión de cómo el dinero, entendido como la abstracción de interacciones sociales, ha contribuido a formar la actual cultura política y organizativa en estas organizaciones.

2. EL SISTEMA ESPAÑOL DE PARTIDOS: UN MODELO POST-WATERGATE

Es casi un lugar común afirmar que la corrupción es una constante en la historia política, y efectivamente distintos autores[7] han trazado la evolución de este tipo de prácticas hasta tiempos muy lejanos al nuestro. La historia de cómo la financiación ilegal de partidos ha pasado a tener la importancia actual es más corta, siquiera porque los partidos políticos son instituciones relativamente recientes, hijas de la modernidad política. Para abordar el papel de la financiación de las formaciones políticas en el caso español es útil tener presente, en primer lugar, el momento histórico en que surge el sistema español de partidos. Los años setenta fueron, en efecto, una época de transformación internacional de las concepciones

5 Pensemos, por ejemplo, en la idea, tan americana, de que el *dinero habla*: si la información financiera de los partidos españoles reflejara realmente su actividad real y fueran accesibles al público (no en la versión claramente limitada que conocemos a través de los informes anuales del Tribunal de Cuentas), de ellos podríamos obtener una historia distinta de nuestros partidos. Ni siquiera los datos disponibles se publican en formatos reutilizables; tuvo que ser el colectivo cuentasclaras.net el que hace unos años volcara en una plataforma de visualización los informes del Tribunal de Cuentas 2009-2011. Ver: https://public.tableau.com/profile/fontanon#!/vizhome/FinanciacindePartidosPolticos2009-2011v2/

6 Algo que tienen en común esas formas de pensar es la utilidad de un enfoque historiográfico, en un sentido amplio; el monográfico que recoge este mismo artículo ejemplifica, efectivamente, la necesidad y la oportunidad de enriquecer con una comprensión histórica una discusión a menudo dominada por juristas y economistas, la sociología de la opinión pública, y por el enfoque periodístico.

7 J. T. NOONAN, *Bribes: The intellectual history of a moral idea*, The University of California Press and Macmillan Publishing Company, 1984; C. A. BRIOSCHI, *Breve historia de la corrupción, de la antigüedad a nuestros días*, Ed. Taurus, 2010; B. BUCHAN, y L. HILL, *An intellectual history of political corruption*. Springer, 2014

de la corrupción y del significado de la ética en las democracias liberales, cambios que tuvieron uno de sus motores principales en los Estados Unidos, y que han de entenderse en el contexto de tensión con la Unión Soviética. Los setenta en EEUU fueron los años de *Watergate* y *Lockheed*, de la aprobación de lo que todavía es la base de la legislación de la materia en financiación de campañas americana (la *Federal Election Campaign Act* de 1971, reformada en 1974 y 1976) y de la seminal sentencia *Buckley vs. Valeo* (1976), sobre financiación de campañas. Una época que respondía a un nuevo contexto social, el de la desaparición del welfarismo del *New Deal*, la emergencia del neoliberalismo, y con ella de una nueva relación con la política. A modo de ejemplo, la confianza en el gobierno federal estadounidense alcanzó su pico en 1964 (el 77% de los americanos creía entonces que el gobierno hacía lo correcto en la mayor parte de las ocasiones), y empieza a partir de ese año a caer de forma casi ininterrumpida hasta alcanzar un 19% en 2015[8]. La guerra de Vietnam, el escándalo Watergate y la lucha por los derechos civiles fueron los detonantes más visibles de ese cambio social. Una época, además, en la que a las élites políticas americanas les preocupaba que la corrupción se percibiera como una característica inherente al capitalismo, favoreciendo la simpatía hacia el comunismo.

Nos interesa contextualizar el caso español en el marco internacional por dos motivos en especial. El primero es bastante obvio: es precisamente durante estos años de Guerra Fría y de intensificación del conflicto político y cultural entre bloques cuando se empieza a formar lo que sería el sistema español de partidos. Ello supuso toda una serie de condicionantes y tutelas, por lo demás bien retratadas en los relatos menos edulcorados de la transición política española[9].

El segundo resulta un poco más complejo, y tiene que ver con el papel de Estados Unidos en la formación del que sin duda es uno de los discursos anticorrupción más prevalentes hasta la actualidad: el enarbolado por las instituciones internacionales, y en particular por las instituciones financieras internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional), pero también por organizaciones supranacionales como la Unión Europea. Este discurso, que fundamentalmente entiende la corrupción como un problema económico (la corrupción perjudica el comercio internacional, la libre competencia y el crecimiento), emerge súbitamente en los años noventa, de tal forma que en un periodo de apenas diez años (1994-2003) casi todas las principales organizaciones supranacionales, desde la ONU a la UE, la OCDE y el Consejo de Europa, habían promovido sus propios convenios internacionales contra corrupción. Esa extraordinaria emergencia de la preocupación por la corrupción nos conecta de nuevo con los convulsos años setenta en Estados Unidos: en particular, con la aprobación de la *Foreign Corrupt Practices Act* en 1977, ley que, como reacción a Watergate, prohibía a las empresas americanas pagar sobornos a funcionarios o candidatos políticos extranjeros. Desde entonces, para EEUU fue un interés constante *nivelar el terreno de juego,* por la vía de promover

8 PEW RESEARCH (2015), *Trust in government: 1958-2016*, disponible en: http://www.people-press.org/2015/11/23/1-trust-in-government-1958-2015/, 25/11/2015, fecha de consulta: 10/09/2017

9 Por ejemplo: J. E. GARCÉS, *Soberanos e intervenidos, estrategias globales, americanos y españoles*. Siglo XXI de España Editores, 2008

normas internacionales que prohibieran prácticas similares a otros países, de tal forma que las empresas americanas no estuvieran, al menos sobre papel, en desventaja competitiva. Con todo, no lo consiguió hasta la caída del bloque soviético, cuando la posibilidad de expansión económica hacia el bloque socialista y el nuevo fervor globalizador representaban una oportunidad inigualable para evitar a las potencias occidentales aranceles y barreras innecesarias, incluida la corrupción que era entendida como tal, en el avance hacia las economías del Este.

Hay que destacar, por último, que la gran mayoría de estos instrumentos internacionales se centraron en la corrupción como un problema relativo a las transacciones económicas internacionales, no como un problema de institucionalidad democrática ni relativo a la necesidad de avanzar en los mecanismos de representación política de las democracias liberales ante una creciente desafección hacia las mismas. Eso dejó la cuestión de la financiación de los partidos políticos fuera de la normativa y de la presión internacional, quedando relegada a ser una materia interna, y en la práctica excluida del discurso dominante sobre la corrupción. De hecho, EE. UU. se opuso, por ejemplo, a que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 entrara a regular la financiación de partidos y campañas, algo que sí habían propuesto otros países. En el plano internacional, tan solo el Consejo de Europa, y en particular el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) que funciona en su seno, ha mostrado una preocupación por la corrupción que abarque la financiación de partidos desde una óptica que vaya más allá de una concepción apegada a los mercados internacionales.

Eso explica, siquiera parcialmente, que la corrupción de funcionarios extranjeros en las transacciones económicas internacionales fuera introducida en el Código Penal español como delito específico en 2003, pero que la financiación ilegal de partidos, una conducta que, sin duda alguna, había generado muchísima más alarma social en nuestro país desde décadas atrás, solo fuera tipificada en 2015, de manera muy defectuosa, tras años de críticas a España por parte del GRECO[10]. Con esta breve contextualización internacional avanzamos el siguiente epígrafe, sobre las prácticas de financiación de los partidos españoles desde la formación del sistema de partidos.

3. LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS ESPAÑOLES: CONTINUIDADES DESDE LA TRANSICIÓN POLÍTICA A NUESTROS DÍAS.

La transición política española implicó la puesta en marcha de un sistema de partidos “homologable” al de otros países europeos en un lapso reducido de tiempo, en un proceso acelerado de formación organizativa que en otros países había llevado décadas. Es en el ocaso de cuarenta años de dictadura franquista, que había erradicado con la mayor saña los partidos republicanos, cuando surgen las nuevas formaciones de entre las élites franquistas (UCD, AP), se relanzan otros partidos casi olvidados (PSOE) y las pocas organizaciones que sobrevivieron a los años de actividad en la clandestinidad (el PCE) tienen que adaptarse a un contexto

10 La tercera ronda de evaluación del GRECO, sobre financiación de partidos y control penal de la corrupción, comenzó en 2007 y constituye una importante fuente de información comparativa sobre la regulación del dinero en política. Los informes están disponibles en: http://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/round-3

totalmente distinto. Esta transición se producía, precisamente, en un momento de crisis a nivel internacional de los partidos políticos como organizaciones de masas, y en una reconfiguración de las formas de organización política hacia modelos profesionalizados, de menor carga ideológica, y más volcados hacia los mecanismos de captación del votante a través de los medios de comunicación, y hacia la explotación de los recursos que aporta la cercanía al Estado y a las empresas, que a la creación de redes de colaboración y actividad política de base. Era, en definitiva, el momento de lo que la sociología política llamó el "partido catch-all", tal y como lo describió Otto Kirchheimer[11]. La frase atribuida a Alfonso Guerra en 1979, "prefiero diez minutos en televisión a diez mil militantes"[12], sintetiza la nueva tónica de los tiempos, una en la que los recursos y el acceso a financiación y a los medios de comunicación daría la victoria política. En términos económicos, las formas de movilización *capital-intensivas* (la financiación a través de fuentes diversas) desplazaban a las *trabajo-intensivas* (la militancia, el trabajo voluntario, las redes de solidaridad, etc.) que una vez fueron parte fundamental de la labor de los partidos políticos, al menos de los que seguían el modelo organizativo del partido de masas obrero. El dinero cobraba así un nuevo protagonismo en una política concebida como una contienda electoral con un coste cada vez mayor.

Resulta llamativo constatar hasta qué punto las inercias relativas a la financiación de partidos que arraigaron durante los años de la transición política española permanecieron en el tiempo, hasta el punto en que todavía perviven, más o menos adaptadas, en la actualidad. El análisis de la sucesión de escándalos y de casos de financiación ilegal revela, efectivamente, dinámicas muy similares durante todos los años de democracia. No vamos aquí a insistir en la crónica y enumeración de esos casos, que puede encontrarse realizada en investigaciones periodísticas y en procedimientos judiciales de manera relativamente temprana, en particular desde finales de los años ochenta y durante los convulsos noventa[13], y que ha conocido un interesante resurgir en los últimos años, a raíz fundamentalmente del escándalo *Gürtel* y *Bárcenas*[14]. Sí que queremos poner la atención en la pervivencia de continuidades y dinámicas que subyacen a todos ellos, tan fáciles de adivinar como, a veces, difíciles de aislar entre el aluvión de datos, sumarios interminables, intrigas políticas e historias personales e institucionales.

Explicar el fenómeno de la corrupción en la financiación de partidos como el resultado, en buena medida, de la forma en que surgió el sistema español de partidos dista mucho de ser un recurso literario. El 1 de julio de 1976, cuando Arias Navarro anuncia su dimisión como presidente del gobierno, Manuel Fraga, entonces vicepresidente del Gobierno y ministro de la Gobernación, realizaba una entrevista con la periodista Pilar Urbano. La dimisión señalaba que urgía acelerar el proceso

11 O. KIRCHHEIMER, "El camino hacia el partido de todo el mundo", en K. LENK y F. NEUMANN (eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Anagrama, 1980

12 P. J. RAMÍREZ, *Así se ganaron las elecciones 1979*, Prensa Española, 1979

13 C. DÁVILA y L. HERRERO, *De Fraga a Fraga: crónica secreta de Alianza Popular*, Plaza y Janés, 1989; J. DÍAZ HERRERA y R. TIJERAS, *El dinero del poder*, Plaza y Janés, 1991; J. L. GALIACHO y C. BERBELL, *FILESA: Las tramas del dinero negro en la política*, Temas de Hoy, 1995; M. SÁNCHEZ SOLER, *Negocios privados con dinero público: el vademécum de la corrupción de los políticos españoles*, Foca, 2003

14 E. EKAIZER, *El caso Bárcenas*, Planeta, 2013; M. MAROTO CALATAYUD, *La financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político-criminal*, Marcial Pons, 2015; E. EKAIZER, *Queríamos tanto a Luis*, Temas de Hoy, 2015; B. GARZÓN, *El fango: cuarenta años de corrupción en España*, Debate, 2015; M. GALLERO, *Bárcenas. La caja fuerte: Los papeles secretos del tesorero del PP*, La esfera de los libros, 2016

de constitución de los nuevos partidos, entre los que se incluía el promovido por el propio Manuel Fraga. La periodista pregunta "¿cómo se financiarán los partidos políticos? Se teme que, de no apoyar fuertemente el Estado, haya que recurrir a las multinacionales o al capitalismo nativo". La respuesta resulta significativa, leída hoy: "no hay tema más difícil, ni más oscuro, en la mayoría de los países" que la financiación de los partidos políticos. "Creo que la solución que da la Ley de Asociaciones es prudente y realista. Dejemos que el tiempo y la costumbre la apliquen correctamente"[15]. Lo cierto es que toda la década siguiente (la primera Ley de Financiación de Partidos no es aprobada hasta 1987) fue una época de experimentación en modelos de financiación política en la que apenas hubo frenos éticos o legales. Una situación percibida como "salvaje oeste" o de "guerra total" (en palabras del entonces dirigente de Alianza Popular Jorge Verstrynge[16]). El modelo español de financiación de partidos, retomando las palabras de la entrevista, tuvo de todo de aquello desde el principio: desde luego el fuerte apoyo del Estado, y también el recurso a multinacionales y al "capitalismo nativo". Todo ello se dejó, efectivamente, al tiempo y a la costumbre, y tanto fue el tiempo y tanta la tolerancia con las viejas y nuevas costumbres, que se permitió cristalizar una cultura política, con raíces en la masiva corrupción franquista, que todavía atraviesa el país. "La acumulación primitiva de la riqueza llevada a cabo mediante la corrupción durante el franquismo" quedaría así "no sólo condonada sino también santificada por el sistema democrático"[17].

4. EL FUERTE APOYO ESTATAL.

El modelo de financiación pública consagrado preconstitucionalmente en la Ley de Asociaciones Políticas de 1976 y, sobre todo, en la también preconstitucional Ley de Partidos de 1978, ha perdurado en el tiempo sin apenas cuestionamiento[18]. La financiación pública de los partidos españoles ha sido generosa, y ha ido además generando nuevas fuentes de financiación pública: a la asignación con cargo a los presupuestos generales del Estado se ha ido progresivamente sumando la de los grupos parlamentarios y asambleas autonómicas, las comunidades autónomas y las entidades locales, así como otras vías indirectas como las subvenciones para gastos de seguridad y las deducciones fiscales otorgadas a las cuotas y donaciones partidistas. A todo eso hay que sumar las distintas provisiones para financiar la actividad electoral de los partidos, reguladas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985, y la financiación pública que también reciben las fundaciones políticas asociadas a los partidos. La evolución de las fuentes de financiación pública, particularmente de la financiación de sus actividades ordinarias no electorales, ha sido un proceso a medio camino entre la costumbre y la posterior legalización por vía de la reforma de la Ley de Financiación de Partidos Políticos de 1987, donde ha ido ganando especial peso la financiación local y autonómica.

15 M. GALLERO, *Bárcenas. La caja fuerte, op. cit*., pág. 90

16 Ibídem, pág. 96

17 J. PRADERA, *Corrupción y política: los costes de la democracia,* Galaxia Gutenberg, 2014, pág. 19

18 Algo que sí ha ocurrido en países como Italia, donde un referéndum en 1993 manifestó un 90% de apoyo a eliminar esa fuente de financiación, pese a lo cual no ha sido eliminada hasta 2013.

Tan solo la reforma de esta ley en 2012, en el contexto del *austeritarismo* reinante durante la crisis, introdujo recortes en la cantidad asignada con cargo a los presupuestos generales, no sin abrir de manera solapada la vía a otras formas compensatorias de obtener ingresos (en concreto, la eliminación de los topes a las donaciones a las fundaciones políticas, operada a través de esa reforma). Los sucesivos cambios legales, lejos de problematizar esta cuestión, han mantenido, si no fortalecido, la dependencia de los partidos de las fuentes de financiación pública[19], manteniéndose el porcentaje de financiación privada declarada (cuotas, donaciones) en cifras muy bajas, una constante desde la transición política. El último informe publicado por el Tribunal de Cuentas en enero de 2017, relativo al ejercicio 2013, revela que los partidos recibieron ese año casi 217 millones de euros en subvenciones públicas, mientras que su financiación privada ascendió a 70,4 millones, de los cuales algo menos de 6 millones correspondían a cuotas, aportaciones y donaciones: el 2% de la financiación total declarada sigue constituyendo un porcentaje "de risa", como ya lo calificaban en los años de la transición algunos los dirigentes de los principales partidos[20]. El endeudamiento bancario total de los partidos, por su parte, ascendía ese año a 206 millones de euros[21]. El "fuerte apoyo del Estado" ha estado presente todos estos años sin que sin embargo sirviera de freno a la recepción de fondos por parte del capital privado nacional y extranjero.

5. EL CAPITAL EXTRANJERO.

A falta de base social en el país, de tiempo y también de intención alguna de favorecerla[22], la financiación de los partidos españoles fue en su origen un proceso internacionalizado, donde se mezclaron contribuciones de partidos aliados (las ramas internacionales de distintos partidos políticos), de distintos gobiernos extranjeros (Estados Unidos, la URSS, etc.), empresas multinacionales (fue el caso de *Flick* en los 80, que afectó particularmente al PSOE pero en el que estuvieron implicados más partidos; más tarde fue también el caso, por ejemplo de *Siemens*, que pagó alrededor de 6 millones de euros a empresas vinculadas al PSOE como comisiones por la adjudicación de contratas del tren de alta velocidad Madrid-Sevilla). Algunos casos están históricamente bien documentados, como es el del

19 E. GARCÍA VIÑUELA y C. GONZÁLEZ DE AGUILAR, "Financiación de los partidos y búsqueda de rentas: un análisis de las reformas de la financiación política española de 2007 y 2012", *Revista Española de Ciencia Política*, n. 34, 2014, pág. 149; J. RODRÍGUEZ TERUEL y F. CASAL BERTOA, "La financiación pública de los partidos políticos: España en perspectiva comparada". *Presupuesto y Gasto Público*, n. 82, 2016, pp. 165-166; J. RODRIGUEZ TERUEL, "Dinero público y ciudadanos ausentes: La financiación de los partidos políticos en España", en F. J. LLERA RAMO, *Desafección política y regeneración democrática en la España actual: diagnósticos y propuestas*, Dykinson, 2016

20 C. DÁVILA y L. HERRERO, *De Fraga a Fraga… op. cit.,* pág. 109.

21 TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de Fiscalización de los estados contables de los partidos políticos y de las aportaciones percibidas por las fundaciones y asociaciones vinculadas, ejercicio 2013*, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-3840, 09/02/2017, Fecha de acceso: 10/09/2017, pp. 21-24.

22 El temprano y continuado recurso a la financiación estatal de los partidos tiene una lectura clara desde las críticas a la transición política como un proceso de "desencanto programado", por el cual "la reinstauración del parlamentarismo y del sistema de partidos aparecieron ante las masas populares más oprimidas y/o radicalizadas como un fenómeno íntimamente unido al proceso de exclusión y sustitución de los movimientos de base por la circulación y los pactos de poder entre las élites" (ver. A. ORTI, "Transición postfranquista a la Monarquía parlamentaria y relaciones de clase: del desencanto programado a la socialtecnocracia transnacional", *Política y sociedad*, n. 7, v. 2, 1989: 17). En un sentido similar, según Pradera (J. PRADERA, *Corrupción y política… op. cit.,* pág. 13) "los problemas de la corrupción y la tendencia de los políticos a afirmar su autonomía respecto a la sociedad y la baja participación son una doble y desdichada herencia del tardofranquismo y de la transición a la democracia, dos periodos dominados por el propósito de conseguir la desmovilización política: la irregular participación electoral, la debilidad del asociacionismo y la escasa militancia sindical y política so manifestaciones de ese mismo fenómeno".

PSOE y las ayudas recibidas por fundaciones políticas alemanas[23]. La Fundación Friedrich Ebert canalizó cuantiosas donaciones del consorcio industrial *Flick* (de tan infausto pasado que su fundador fue condenado en uno de los tres juicios a industriales alemanes en Nuremberg) al partido socialista, donaciones motivadas en la intención de frenar el avance del comunismo en España, interés que compartía también el gobierno estadounidense y otros aliados atlantistas [24]. Según distintas fuentes, AP y UCD también habrían recibido "dinero Flick"[25], y facturado profusamente a fundaciones alemanas que canalizaban dinero proveniente de empresas multinacionales y fondos americanos[26]. Financiar campañas de partidos como estrategia anticomunista fue, por otra parte, una práctica habitual en la política exterior secreta de Estados Unidos, especialmente en países occidentales con partidos comunistas fuertes como Italia[27]. El PCE, por su parte, recibía financiación de la Unión Soviética sujeta a los vaivenes de la relación del partido con Moscú, y además había puesto en marcha durante la clandestinidad un curioso sistema de financiación basado en las comisiones a través de empresas que comerciaban con países del bloque del Este[28]. El peculiar modelo de financiación de la UCD tuvo incluso el cualificado apoyo de Juan Carlos de Borbón, que en 1977 envió una carta al Sha de Persia, realizando un interesante repaso a las prácticas financieras de los partidos en la época, y solicitando una ayuda de 10 millones de dólares para financiar la reestructuración y consolidación de la coalición centrista, y la creación de un partido político para Suarez que pudiera servir de "soporte a la monarquía y a la estabilidad de España"[29].

La Ley de Asociaciones Políticas de 1976 prohibía y sancionaba "toda recepción de fondos procedentes del extranjero o de Entidades o personas extran-

23 B. VARGAS, "Las relaciones entre el PSOE y la Fundación Friedrich Ebert durante el franquismo. 1967-1970", *Hispania Nova. Revista de historia contemporánea,* n. 4, 2004; A. MUÑOZ SÁNCHEZ, "La Fundación Friedrich Ebert y el socialismo español durante la transición a la democracia" en L. D. GÓMEZ ESCALONILLA, R. MARTÍN DE LA GUARDIA, R. PARDO SANZ (coords.), *La apertura internacional de España: entre el franquismo y la democracia, 1953-1986*, Sílex, 2016

24 A. SCHIFFRIN, *Una educación política. Entre Paris y Nueva York,* Península, 2001, pág. 205: "Más importante era el hecho de la financiación de partidos políticos extranjeros, una práctica que había cundido en la Europa de posguerra, que yo había apreciado ya en Inglaterra, y que continuaba ahora a ritmo acelerado. Para dar un ejemplo: nosotros estábamos de vacaciones en España en 1977 cuando, por primera vez desde Franco, el Partido Socialista presentaba un candidato en las elecciones parlamentarias. Me desconcertó el inmenso número de carteles que aparecían incluso en la pequeña población en la que estábamos instalados. ¿Cómo podía aquel partido recién legalizado disponer de tanto dinero? Más tarde Henry Kissinger se ufanaría en sus memorias de cómo los Estados Unidos habían canalizado fondos secretos a través del partido Socialdemócrata alemán para influir en los partidos socialistas español y portugués. Unos cuantos años después publiqué un libro de Willy Brandt, el dirigente socialista alemán y, en una cena en nuestra casa, decidió que sería buena ocasión para comprobar la veracidad del comentario de Kissinger. 'Típico de Henry -dijo Brandt riéndose-. Fue idea nuestra, pero él se ha llevado el mérito'. Lo que presumiblemente se había iniciado como solidaridad del Partido Socialista alemán con el español prohibido (el PSOE), se convirtió gradualmente en parte efectiva de la política exterior de Estados Unidos. El socialista Felipe González fue elegido a pesar de su oposición favorable al ingreso de España en OTAN, algo a lo que su partido se oponía agriamente. Pero la astuta inversión de Kissinger resultó rentable y González consiguió, en su momento, incorporar a España a la Alianza Atlántica a pesar de la oposición resuelta de su partido".

25 M. GALLERO, *Bárcenas. La caja fuerte, op. cit*., pág. 110

26 J. VERSTRYNGE, *Memorias de un maldito,* Grijalbo, 1999, pp. 206-207: "No había que ser hipócritas ¡todos habíamos recibido ayudas! Si AP las había recibido de la Fundación Hans Seidel, y la UCD lo había hecho de la Konrad Adenauer, era ilusorio pensar que el PSOE iba a ser una excepción en relación con la Friedrich Ebert. Es más, imagino que, al igual que AP, que inundaba a la Hans Seidel de falsas facturas, el PSOE y la UCD habrían ordenado abundantemente a sus respectivos patrocinadores, el SPD y CDU. Por mi parte, al igual que por parte de los tesoreros de AP, mostraba una elevada imaginación a la hora de sacarle marcos a los alemanes para AP. Y lo digo sin rubor: éstos actuaban como procónsules de Washington, destinados a aplicar las directrices del imperio en la península ibérica y Latinoamérica. Pues peor para ellos ¡a pagar!".

27 J. E. MILLER, "Taking off the gloves: The United States and the Italian elections of 1948". *Diplomatic History*, n. 1 v. 7, 1983

28 F. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, "Comerciando con el diablo. Las relaciones comerciales con el Telón de Acero y la financiación del PCE a comienzos de los años 60", *Comunicación presentada en el VI Congreso de la Asociación de Historiadores del Presente La apertura internacional de España. Entre el franquismo y la democracia,* 2014

29 G. MORÁN, *Adolfo Suárez: ambición y destino*. Debate Editorial, 2009, pp. 166-167

jeras", por lo que todas estas prácticas se realizaron durante la transición política, obviamente, primero desde la clandestinidad y, una vez legalizados los partidos, luego desde la ilegalidad. La escuetísima Ley de Partidos de 1978, sin embargo, derogó esa prohibición (junto con el resto de obligaciones contables y de control económico que recogía la Ley de Asociaciones Políticas), que volvió en las posteriores leyes de financiación de partidos, limitada a la prohibición de la financiación pública extranjera. La participación financiera internacional en las formaciones políticas españolas, al menos la de gobiernos y aliados extranjeros, se redujo probablemente a partir de finales de los años 70[30] y una vez decaída la preocupación por el posible éxito electoral del PCE, resurgiendo como problema con el escándalo Flick, en los ochenta, y durante episodios como el de la mencionada financiación de Siemens al partido socialista. Aunque parecía convertida en una problemática relativamente menor, la cuestión ha cobrado más recientemente un nuevo auge al hilo de las acusaciones vertidas contra uno de los partidos emergentes del nuevo sistema político español post-crisis, Podemos, y la supuesta recepción de fondos provenientes de Venezuela. A raíz probablemente de ello, y pese a las muchas otras (y probablemente prioritarias) lagunas que tapar, el legislador tuvo a bien, de hecho, introducir en 2015 en el Código Penal como delito agravado la financiación por parte de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos.

6. EL CAPITALISMO NATIVO.

Donde la efervescencia de los años setenta y ochenta como un "far west" de la financiación de partidos, donde todo valía, deja sin duda el legado de una cultura que pervive en la actualidad, es en la relación con el mundo empresarial. La excepcional *alegalidad* de este periodo no tiene, en realidad, nada de excepcional, y está obviamente vinculada al desarrollo del capitalismo durante la época. Otros países sufrieron procesos similares, de los cuales el ejemplo italiano es quizás el más paradigmático. Caciagli, que estudió también el caso español[31], contextualiza de manera breve y contundente el surgimiento de *tangentopoli* de la siguiente manera:

> "Una explicación de carácter intrínseco al sistema político y económico italiano es la degeneración tanto de la función empresarial como de la función de regulación del Estado en los años ochenta. Las reglas del mercado fueron sacrificadas al interés dominante de grupos privados y de grupos políticos. Las grandes obras públicas (estadios de fútbol, hospitales, autopistas, líneas de ferrocarril, reconversiones de grandes áreas industriales, nueva urbanización después de desastres naturales, etc.) ofrecieron oportunidades de enlace entre políticos y empresarios. El mismo capitalismo italiano acentuó su componente financiera: la mutación postindustrial aumentó la importancia del dinero" [32].

30 P. DEL CASTILLO, "Problems in Spanish party financing", en H. ALEXANDER y R SHIRATORI, (eds.) *Comparative political finance among the democracies,* Westview Press, 1994

31 M. CACIAGLI, *Elecciones y partidos en la transición española*. Centro de Investigaciones Sociológicas, 1986

32 M. CACIAGLI, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 97-98

Sin duda el contexto en España es paralelo. Distintos autores[33] han resaltado un aspecto fundamental y a la vez olvidado a la hora de analizar la problemática de la financiación de partidos: a cada modelo financiero de partido corresponde un modelo organizativo de partido. Si, a partir de esa premisa, tenemos en cuenta el contexto de fuerte desregularización que tanto en materia financiera como en materia organizativa que los propios partidos produjeron y disfrutaron hasta muy recientemente, podemos simplificar la cuestión de a qué modelo tendieron los partidos españoles desde la transición acudiendo a una figura utilizada por distintos analistas: la de "partido empresa"[34], como una suerte de evolución del partido *catch-all*. Se trata de un partido fuertemente jerarquizado, con una intensa concentración de poder en una élite de administrados y dirigentes, emancipado de las lógicas de militancia de base propias del partido de masas, y muy dependiente en cambio de su habilidad en la captación legal e ilegal de fondos y de la explotación de los recursos a los que la política institucional permite tener acceso. Como cualquier modelo ideal de partido, ninguno de las formaciones españolas responde de manera esquemática a ese modelo (que tiene su mejor ejemplo en *Forza Italia* de Berlusconi) y por el contrario, son distintos los modelos de organización/financiación que coexisten en los distintos partidos políticos analizados individualmente.

La *empresarización* organizativa y financiera de los partidos españoles prácticamente desde su surgimiento en los años 70 es un proceso fácilmente constatable. La propia UCD era conocida entre sus líderes como "la empresa", como bien rememora Morán[35], resaltando cómo la palabra "partido" y todo lo que ella implicaba era poco grata a las élites reformistas del franquismo y a la amalgama ideológica que formaba la coalición. Luis Bárcenas, convertido hoy en una suerte de símbolo vivo de las prácticas de financiación ilegal varias décadas, llegó al partido en 1982, de hecho, según sus palabras, por una "pura cuestión mercantil. Pasé de cobrar 30.000 pesetas al mes a un sueldo mucho más alto. Me afilié al partido porque no me quedó otro remedio. Verstrynge nos iba reclutando, arrinconándonos, mientras nos decía '¿Cómo que no estás todavía afiliado?'"[36]. Bárcenas se integró en el partido, de hecho, cuando se incorporó en bloque al grupo de gestores de las empresas del exbanquero y primigenio *conseguidor* Ángel Sanchis (utilizadas para financiar a Alianza Popular), como encargados de las cuentas de la formación política. Se trataba del llamado "clan de Badajoz", uno de los varios grupos en la política de clanes del Partido Popular, peculiar forma de articular la democracia interna en una formación que prohíbe las corrientes de opinión[37].

El recurso a empresas vinculadas más o menos directamente a los partidos, bien para financiarlos directamente a partir de actividades económicas reales, o bien como sociedades pantallas destinadas a canalizar contribuciones y donaciones, normalmente con origen en dinero público proveniente de concesiones y licencias, ha sido una constante para todas las formaciones políticas, conocida y amparada

33 J. HOPKIN, "The problem with party finance: Theoretical perspectives on the funding of party politics", *Party politics*, n. 6 v. 10, 2004; M. MAROTO CALATAYUD, *La financiación ilegal de partidos políticos, op. cit.*

34 L. FERRAJOLI, "El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad" en P. ANDRÉS IBAÑEZ (ed), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción,* Trotta, 1996; J. HOPKIN, y C. PAOLUCCI, "The business firm model of party organisation: Cases from Spain and Italy", *European journal of political research*, n. 3 v. 35, 1999; E. RODRÍGUEZ, *La política en el ocaso de la clase media. El ciclo 15M-Podemos*, Traficantes de Sueños, 2016

35 G. MORÁN, *Adolfo Suárez: ambición y destino, op. cit.*

36 M. GALLERO, *Bárcenas. La caja fuerte, op. cit*., pág. 99

37 G. SÁNCHEZ MEDERO, "Tramas y clanes en el Partido Popular". *El Viejo Topo*, n. 56, 2009.

por la tolerancia del negocio en común[38]. La lista de empresas que han financiado legal e ilegalmente a los partidos españoles cubre buena parte del espectro económico nacional. La propia CEOE financió a los partidos conservadores durante la transición y los años ochenta, a través de fórmulas de todo tipo, incluido el giro de cuotas patronales extraordinarias a las grandes empresas, actuando la asociación patronal como "cámara de compensación"[39]. Curiosamente sabemos, gracias a los sumarios de Filesa o Gürtel, más sobre la financiación ilegal que sobre la legal, sobre la cual el Tribunal de Cuentas ha mantenido, desde el comienzo de su labor fiscalizadora hasta la reciente prohibición de las contribuciones empresariales, un estricto secreto[40]. Las prácticas de financiación empresarial oculta que hoy se debaten a raíz de la publicación de los papeles de Bárcenas sobre la caja B del Partido Popular han sido también una constante en la democracia española. Las compañías eléctricas financiaron generosamente a UCD y luego a AP, ante la amenaza de que los socialistas cumplieran en 1982 su programa y nacionalizaran el sector eléctrico[41]. En los sumarios de Filesa se revelaron las contribuciones de BCH, BBV, ABB Energía, Pryca, Focsa, Catalana de Gast, Camunsa CEAM, Kidiqag, Abengoa, CEPSA, Elsan y Enasa. En los *papeles de Bárcenas* aparecen registrados pagos de sociedades como Mercadona, Construcciones Hispánica, OHL, Grupo Sando, Sacyr Vallehermoso, Azvi, FCC o Construcciones Rubau. De entre ellos podemos destacar dos grupos de actividad: las constructoras y los bancos.

7. LAS CONSTRUCTORAS.

Las empresas constructoras, como sector pujante de la burbuja española, han tenido efectivamente un papel de especial relevancia. Como afirmaba en los años noventa Pradera[42], sin que la situación haya cambiado particularmente: "la sospecha de que los constructores y los promotores urbanísticos intercambian favores político-administrativos de los ayuntamientos, a cambio de contribuir a la financiación oculta de los partidos cuyos representantes toman esas decisiones, está presente en muchos de los casos de corrupción surgidos en estos años, sean cuales sean las siglas de la formación que ocupa el poder". Los efectos de esa interacción entre corrupción y desarrollo urbanístico son, literalmente, tangibles y visibles en todo el país. Como señalan los ingenieros de caminos y arquitectos responsables del proyecto "Nación Rotonda"[43], que mapea visualmente la evolución del urbanismo de pueblos, polígonos industriales, puertos o autovías desde el año

38 Un ejemplo entre muchos posibles: cuando a raíz de una posible adjudicación a Dragados y Construcciones y de un contrato de limpieza de Alicante, que no llegó a concretarse, Roberto Naseiro y Salvador Palop comentaban cómo, si la compañía quería algo, "que pasen por el camino, y luego se abre la puerta de Valencia" (M. GALLERO, *Bárcenas. La caja fuerte, op. cit*., pág. 141); la comisión era el 2% para el Partido Popular y el 1,5% para el PSOE.

39 C. DÁVILA y L. HERRERO, *De Fraga a Fraga, op. cit.* pág. 109

40 Sobre los problemas y evolución de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas sobre los partidos políticos, ver L. DELGADO DEL RINCÓN, "El control económico-financiero de los partidos políticos por el tribunal de cuentas: su potestad sancionadora". *Revista de Derecho Político*, 97, 2016; E. PAJARES MONTOLÍO, "La financiación de los partidos políticos". *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 11, 2016

41 C. DÁVILA y L. HERRERO, *De Fraga a Fraga, op. cit.* pág. 106

42 J. PRADERA, *Corrupción y política… op. cit.,* pág. 71

43 http://www.nacionrotonda.com. Otro proyecto similar e igual de interesante, "Cadáveres Inmobiliarios" (http://cadaveresinmobiliarios.org), documenta "las consecuencias que han sufrido el paisaje y el territorio en España con la crisis económica y el fracaso del modelo urbano desarrollista."

2000, es fácil rastrear la corrupción siguiendo la estela del desarrollo urbanístico desaforado de los últimos años. Existe "una alta correlación entre los pueblos en los que se descubre un caso de corrupción, sea urbanística o no, y las entradas de Nacionrotonda. Casi cada vez que sale un caso nuevo en un pueblo nosotros ya lo teníamos en la web"[44]. Uno de los problemas de fondo es, efectivamente, la financiación de los ayuntamientos: "la única manera que tenían de financiarse era estos desarrollos […] la capacidad de recaudar de las corporaciones municipales se limita a unos pocos impuestos (basuras, IBI, etc.). Sin embargo, por cada desarrollo urbanístico nuevo al Ayuntamiento de turno le corresponde, además de los terrenos considerados dotaciones públicas, el 10% de los terrenos con aprovechamiento lucrativo (aproximadamente, según la región), más los correspondientes impuestos, puestos de trabajo, etc. […] Si además hay una legislación urbanística sobredesarrollada, se abren las puertas a la corrupción"[45].

La vinculación entre corrupción, legislación y política urbanística, y con ella los tremendos efectos económicos y sociales de la burbuja inmobiliaria, ha sido señalada repetidamente y de manera relativamente temprana[46]. Lamentablemente, lo evidente del problema no ha motivado una adecuada intervención pública y legislativa. Es evidente que las jugosas oportunidades de financiación que estas operaciones especulativas abren no solo para ayuntamientos sino para partidos políticos, han tenido mucho que ver con esa inacción.

Uno de los ejemplos más flagrantes de la connivencia entre el urbanismo, la corrupción, y la actividad de los partidos políticos, surgió a la luz a raíz del caso Gürtel: uno de los imputados, apoderado de la constructora Rubau, afirmó ante el juez instructor pertenecer a una "Comisión de Infraestructuras" del Partido Popular, en la que también participaban, entre otros, el extesorero del PP Álvaro Lapuerta, y Manuel Nuñez, que fue presidente del Tribunal de Cuentas entre 2007 y 2012, y podría haber compatibilizado ambas labores. En palabras de uno de los abogados querellantes en el caso Bárcenas[47].

"La Comisión de Infraestructuras del PP -que no aparece en los estatutos de este partido- compuesta por empresarios de constructoras y políticos además del tesorero, elaboraba las infraestructuras a realizar de manera previa a las elecciones (...) Lo más grave -sinceramente- de los papeles de Bárcenas es que muestran cómo las grandes empresas de infraestructuras cooptaron los consejos de ministros para que hicieran las políticas que ellas diseñaban a través de la Comisión de Infraestructuras del PP. Esto les costó muy poco dinero en comparación con el enorme daño causado al interés general"

Evidentemente esa comisión no consta en el organigrama del partido y habría funcionado al margen de cualquier control interno y supervisión orgánica.

44 Eldiario.es, *Radiografía (desde el cielo) de 15 años de urbanismo descontrolado*, eldiario.es, 21/06/2014, disponible en: http://www.eldiario.es/sociedad/Radiografia-anos-urbanismo-descontrolado_0_272973168.html (último acceso 28/11/2017)

45 Ibídem.

46 A. GÓMEZ-CÉSPEDES, A. M. PRIETO DEL PINO y P. STANGELAND, "Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: Un proyecto de la Costa del Sol", *Boletín Criminológico*, n. 65, 2003; J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y A. GÓMEZ-CÉSPEDES, A., "La corrupción urbanística: Estrategias de análisis", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 85, 2008; F. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, "Boom urbanístico y corrupción política en España", *Mediterráneo económico*, n. 14, 2008; L. M. JEREZ DARIAS, V. O. MARTÍN MARTÍN y R. PÉREZ GONZÁLEZ, "Aproximación a una geografía de la corrupción urbanística en España", *Ería*, n. 87, 2012; G. ROGER FERNÁNDEZ, "Urbanismo y corrupción: Etiología de una práctica ilícita", *Encuentros Multidisciplinares* n. 50, 2015

47 F. A. KLINK, "Veinte años (1993-2013) de 'política hidrológica' en España: El secuestro de la política pública", *Revista de Economía Crítica*, n. 17, 2014: 39

Esto plantea un problema fundamental que ya hemos apuntado con anterioridad: el del tipo de organización idónea para albergar y favorecer prácticas de financiación ilegal y de corrupción como estas. Como afirma Pradera "la autonomización de los partidos respecto a sus electores y a la sociedad en su conjunto pone en marcha un proceso de oligarquización, jerarquización y disciplina interna, favorecedor entre otras cosas de medidas necesariamente secretas para la financiación ilegal de la organización. La pescadilla se muerde la cola: una estructura oligárquica idónea para obtención irregular de recursos refuerza y consolida los poderes de la cúpula para mantener bien guardados los secretos inconfesables"[48].

8. LOS BANCOS.

La influencia de las entidades bancarias sobre las formaciones políticas españolas se ha popularizado como motivo de protesta desde el 15M. Hasta el punto en que algunos de los nuevos partidos tras el ciclo de movilización 2011-14, y en particular Podemos, han hecho gala de prohibir estatutariamente esa forma de financiación[49].

Es difícil sobreestimar el papel de la banca en la financiación de los partidos españoles. Ya hemos mencionado la cuantía del endeudamiento de los partidos españoles en el ejercicio 2013. Aunque las distintas leyes de financiación de partidos han puesto tímidos límites al endeudamiento bancario, esta ha sido la forma más habitual de obtener recursos legales junto con la financiación pública. Según el informe del Tribunal de Cuentas relativo al año 2011, once partidos estaban, de hecho, en quiebra técnica. Los saldos patrimoniales negativos de UDC (11,2 millones de euros), CiU (10,1 millones), IU (8,5 millones), BNG (3,4 millones). Izquierda Unida de Andalucía (3,2 millones), ICV (3,1 millones); Izquierda Unida de la Comunidad de Madrid (1,8 millones), el Bloc Nacionalista Valenciá (1,1 millones), Chunta Aragonesista (614.000 euros) UPyD (581.000); Partido Aragonés (545.000 euros) y Amaiur (439.000 euros) son alarmantes a la luz de lo que históricamente han sido los efectos del endeudamiento sobre las formaciones políticas.

Desde los orígenes del sistema español de partidos, las grandes formaciones han acumulado deudas millonarias, con implicaciones políticas de primer orden. Según Dávila y Herrero, por ejemplo, "el apoyo parlamentario de AP a UCD le costó al entonces partido gubernamental no menos de 1000 millones de pesetas, los que debían los seguidores de Fraga[50]. La desaparición de la propia UCD tuvo mucho que ver con su situación financiera, hasta el punto en que fue un representante de la CEOE quien aconsejaría a los dirigentes de la formación "lo mejor es que cerréis, que cerréis el partido. Porque, si no, tendremos que ejecutar la deuda"[51]. La CEOE, que había financiado a UCD y luego a AP, podía, gracias a la presión

48 J. PRADERA, *Corrupción y política… op. cit.,* pág. 164

49 Lo que ha dado lugar a formas innovadoras de endeudamiento, como los *microcréditos*, que no por ser más democráticas han sido del todo bien recibidas por los partidos tradicionales (ver S. GONZÁLEZ y M. MAROTO, "La financiación participativa en partidos como herramienta de cambio político", *eldiario.es*, 10/05/2015, disponible en: http://www.eldiario.es/zonacritica/financiacion-participativa-partidos-herramienta-politico_6_385371492.html; Eldiario.es, "El PP duda de la legalidad de la financiación de Podemos", *eldiario.es*, 10/4/2015, disponible en: http://www.eldiario.es/clm/PP-duda-legalidad-financiacion-Podemos_0_375862910.html, último acceso 28/11/2017)

50 C. DÁVILA y L. HERRERO, *De Fraga a Fraga, op. cit.* pág. 106

51 Ibídem.

financiera, proponer directamente programas y estrategias políticas[52] o imponer candidatos[53]. Dirigentes del PSOE justificaron la creación del *holding* de empresas en torno a Filesa en la necesidad de hacer frente a las enormes deudas contraídas en el referéndum de la OTAN de 1986, para el que no se contó con financiación pública[54]; tampoco el cambio de posición del partido respecto a la entrada en la alianza atlántica estuvo libre de sospechas en cuanto a estar influenciada por las donaciones recibidas por Alemania y EE UU[55]. En definitiva, la posibilidad de condonar la deuda (una práctica habitual que no fue considerada equivalente a una donación hasta la Ley de Financiación de Partidos de 2007 y finalmente prohibida en 2015), de financiar a otras formaciones políticas, o de promover otras nuevas que sirvieran de competencia política (piénsese en la fallida *Operación Roca*), dieron a la banca y a las cajas de ahorro (que constituyen un punto central del entramado de influencia de los partidos[56]) desde el principio una enorme capacidad de influencia sobre el comportamiento de las organizaciones políticas. En algunos casos el control financiero de los partidos por parte de la banca ha sido casi literal: fue por ejemplo un gerente del Banco Santander "enviado por Emilio Botín" (que de paso le regaló a Fraga un coche blindado) quien "organizó las finanzas de Alianza Popular", con el objetivo de "poner orden en el partido y, sobre todo, para conocer dónde terminaban los donativos que entregaba el banquero"[57].

Aunque las distintas leyes de financiación de partidos han puesto tímidos límites al endeudamiento bancario, esta ha sido la forma más habitual de obtener recursos legales junto con la financiación pública. Pese a las limitaciones impuestas a la condonación en 1987 y 2007, la cancelación de deudas por parte de las entidades bancarias se ha perpetuado entre las grandes formaciones durante todos los años de democracia. Como subraya Ariño[58], el Tribunal de Cuentas en su informe sobre el año 2002 cifró las condonaciones habidas entre 1993 y 2002 en 25,4 millones de euros; entre 1990 y 2002, en 26,1 millones; una media anual de condonaciones por importe de 400 millones de pesetas/año. El PSOE y PSC habrían logrado ver condonados, por parte de la Caixa, BBK o Santander, desde 2004 a 2009, 40 millones de euros; ERC se habría beneficiado de una condonación

52 C. DÁVILA y L. HERRERO, *De Fraga a Fraga, op. cit.* pp. 94 y ss.

53 M. GALLERO, *Bárcenas. La caja fuerte, op. cit*., pág. 105

54 "El partido tuvo que hacer una campaña electoral muy diferente y con un coste desorbitado de unos 600 millones que dispararía el endeudamiento hasta los años noventa, inaugurando métodos irregulares de financiación a través de sociedades mercantiles para compensarlo. De hecho, el presupuesto federal del PSOE para 1985 había multiplicado por diez el manejado en 1978, alcanzando los 2.014 millones, de los que 1.835 eran subvenciones estatales, pero con una carga de deuda enorme porque, ya con anterioridad al referéndum, se reservaban 533 millones para la amortización de la deuda, sin contar la que manejaban, sobre todo, por su lado socialistas catalanes y vascos". (A. MATEOS LÓPEZ, "Los socialistas españoles y la cuestión atlántica hasta el referéndum de 1986", *Ayer: Revista de Historia Contemporánea*, n. 3 v. 103, 2016: 68-69)

55 Según Mateos, sin embargo, "no está claro que el principal apoyo exterior financiero del PSOE en los primeros momentos de la transición, la socialdemocracia alemana, y su antiguo líder Willy Brandt, ahora presidente de la Internacional Socialista, ejercieran una presión directa en el viraje atlantista, dado que éste se emprendió ya con los socialistas españoles en el poder y el SPD alemán se había posicionado ya en la oposición contra los euromisiles. Más bien, González y Brandt compartieron la dirección de una activa, por entonces, Internacional Socialista que trataba de promover la distensión y se había implicado en la cuestión centroamericana con posiciones diferenciadas a las de Estados Unidos.", A. MATEOS LÓPEZ, "Los socialistas españoles…", *op. cit.,* p. 56.

56 Ver R. JUSTE DE ANCOS, *La formación del bloque de poder económico en España: consejeros, capital y estado en el ibex35*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2016

57 M. GALLERO, *Bárcenas. La caja fuerte, op. cit*., pp. 105-106.

58 G. ARIÑO ORTIZ, *La financiación de los partidos políticos*, Documentos del Foro de la Sociedad Civil n. 1, 2009

de 2,7 millones por parte de la Caixa; El PP, de 2,6 millones por parte de Caixa Galicia en 1996. De estas entidades dependía, en definitiva, cuánto se debía y por tanto cuánto se tenía. Hasta que 2015, como hemos señalado ya, se prohíben las condonaciones bancarias, la situación no distaba mucho de la que reflejaba a mediados de los años ochenta una conversación entre Fraga y Ángel Sanchís: a la pregunta de Fraga "¿Cuánto se debe?", Sanchís contestó "Depende de lo que se pague"[59].

9. LA RESPUESTA LEGISLATIVA Y POLÍTICA.

Para concluir este repaso por la financiación de partidos en España, no podemos dejar de hacer una referencia a la historia de la *ilegalidad* de la financiación; es decir, a la reacción legislativa a estas prácticas por parte de sus principales actores protagonistas, los partidos.

Los partidos han explotado estratégicamente su doble faceta privada y pública para mantener y proteger sus arraigadas dinámicas de financiación, desde su posición de monopolio del poder legislativo[60]. Pese a presentarse como concesiones a la transparencia y el control y como respuesta a los sucesivos escándalos, las sucesivas reformas han ido aumentando la provisión de fondos a las formaciones políticas sin servir para limitar el recurso a la financiación ilegal. La primera Ley de Financiación de Partidos de 1987 fue interpretada por muchos, más como una respuesta a los escándalos de los años ochenta, como una necesidad imperiosa ante el nivel de deuda acumulado por las formaciones políticas: se consolidaba el modelo de financiación pública, mientras que se dejaban abiertas obvias lagunas que imposibilitaban el control efectivo de los límites que se imponían a la privada. Entre ellas, las más llamativas, eran la posibilidad de realizar donaciones anónimas (lo que permitía fraccionar las donaciones sin que el Tribunal de Cuentas pudiera detectar irregularidad alguna), y la ausencia de un régimen sancionador que permitiera al Tribunal de Cuentas imponer multas o sanciones. Pese a la flagrancia del problema, ambas cuestiones no se resolvieron hasta veinte años después, con la reforma de 2007. Pese a ello, el Tribunal de Cuentas, un órgano de escasos recursos e independencia para asumir eficazmente la función de fiscalizar los partidos, no ha llegado a imponer más que un par de sanciones a partidos en todos estos años[61]. La peculiar ambivalencia del legislador tuvo otro de sus momentos álgidos en la reforma de la ley en 2012: presentada como destinada a reducir la cantidad de dinero público destinado a los partidos, a la vez, de manera casi oculta, eliminó las restricciones a las donaciones a las fundaciones políticas que incluía la ley de 2007. El problema de las fundaciones políticas no ha sido resuelto en la reforma de 2015, y constituye una forma evidente de evadir los nuevos límites y requisitos de la legislación en vigor.

La reforma del sistema de financiación de partidos en 2015 fue, sin embargo, peculiar, probablemente por responder a un contexto político inédito en los cuarenta

59 C. DÁVILA y L. HERRERO, *De Fraga a Fraga, op. cit.* pág. 116

60 Ver G. MARTÍNEZ COUSINOU, *El control de la corrupción política en el ámbito de la financiación de los partidos políticos: actores, intereses y estrategias en España y Reino Unido*. Tesis doctoral. UNED, 2013

61 L. DELGADO DEL RINCÓN, "El control económico-financiero de los partidos políticos…", *op. cit.*

años de democracia: la transformación del sistema de partidos hacia un sistema no bipartidista, y el surgimiento de nuevos partidos que enarbolan una cultura organizativa distinta y que articulan electoralmente el fuerte sentimiento contra la corrupción. Entre las principales novedades de la reforma podemos resaltar dos: la prohibición de las donaciones por parte de personas jurídicas, y la introducción en el Código Penal de un delito de financiación irregular de partidos[62]. Ninguna de las dos parece precisamente una solución definitiva al problema de la financiación ilegal. Por una parte, las donaciones legales realizadas por empresas y personas jurídicas siempre han sido un porcentaje pequeño, y fácilmente prescindible, de la financiación de las formaciones políticas españolas. Por otra, la redacción del tipo penal deja fuera numerosas prácticas de financiación irregular, no es aplicable a las fundaciones políticas, y no tiene visos de ser de fácil aplicación por parte de los tribunales[63].

Si decimos que la reforma del 2015 fue peculiar no es solo porque se acudiera a la muy largamente postergada criminalización de la financiación ilegal, lo que denota la inédita intensidad de la presión por aparentar firmeza frente a la corrupción. Lo es también porque, por vía de la regulación penal, se introducen en la Ley de Partidos Políticos y en la Ley de Financiación de Partidos Políticos algunas nuevas disposiciones de control interno, que hacen recaer las funciones de fiscalización en los propios partidos, bajo amenaza de responsabilidad penal. Ante la ausencia de una regulación directa de la democracia interna y la responsabilidad política en los partidos, se introducen por esta vía algunas interesantes obligaciones de control orgánico. Pese a su escaso alcance, es en la interacción entre democracia interna, responsabilidad política y responsabilidad penal donde la reforma resulta más interesante y novedosa con respecto al pasado.

Precisamente el controvertido papel de la jurisdicción penal en el control de las prácticas de financiación ilegal es uno de los puntos clave para entender lo ocurrido en todos estos años. El argumento de la controversia es el siguiente: de manera algo contraintuitiva, la responsabilidad penal ha sido instrumentalizada por los partidos políticos para *desertizar* el campo de la responsabilidad política. En la habitual estrategia defensiva de las élites partidistas, todo lo que no fuera objeto de condena firme por un tribunal penal era una práctica lícita de financiación, que no merecía sanciones o medidas en otro ámbito, ni siquiera el político u orgánico. Las garantías del proceso penal, en particular la presunción de inocencia, debían ser aplicables también a todo escándalo relativo al dinero en política: la democracia interna que consagra el artículo 6 de la Constitución quedaba, en último término, supeditada a los largos y complejos procesos penales. “Todo político se hallaba a salvo de cualquier crítica mientras una sentencia firme de los tribunales no lo declarase culpable de un delito incluido en el Código Penal”[64].

62 No deja de ser llamativo cómo durante décadas se ha hablado en los medios de comunicación españoles, de manera casi normalizada, del “delito de financiación irregular”, cuando hasta 2015 tal delito no existía como tal, y ni siquiera estaba en vigor un régimen sancionador administrativo eficaz para ese tipo de prácticas. Los tribunales penales tenían que enfrentarse a los casos de financiación ilegal aplicando otros delitos recogidos en el Código Penal: cohecho, tráfico de influencias, delito fiscal, apropiación indebida, etc.

63 M. MAROTO CALATAYUD, “Financiación ilegal de partidos políticos”, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, 2015

64 J. PRADERA, *Corrupción y política… op. cit.,* pág. 74

Salir del histórico *impasse* en materia de financiación ilegal de partidos exige, entre otras cosas, empezar a distinguir las esferas de la responsabilidad política y la responsabilidad penal[65]. La confusión entre ambas esferas no solo ha permitido la desertización de la responsabilidad política en el sistema español de partidos: ha empobrecido hasta límites inaceptables el debate sobre la financiación de partidos. En efecto, la discusión sobre la financiación de partidos ha quedado en buena parte limitada al control y la prevención de la financiación ilegal, obviándose casi totalmente todas las cuestiones que tienen que ver con cómo distintos modelos de financiación afectan al funcionamiento y organización de los partidos, y a la democracia misma. En España no ha habido un debate mínimamente articulado sobre los criterios que han de tenerse en cuenta para considerar legales y adecuadas unas formas de financiación e ilegales y perniciosas otras; tampoco, en general, sobre qué modelo de partidos políticos queremos.

10. CONCLUSIONES.

En este aspecto, sin embargo, también la sociedad y la política va por delante de las instituciones. La transformación de la cultura política que ha tenido lugar en España a partir del 15M, si bien opera sobre todo en un ámbito ajeno a la política institucional, se ha traducido también en un cambio sin precedentes en el sistema de partidos nacido de la transición política. En los últimos años hemos asistido al surgimiento de nuevas formaciones políticas que se mueven en un camino intermedio e incierto entre el ímpetu de formas radicalmente nuevas de organización y de cultura militante, y las viejas rutinas partidarias de siempre. Si los cuarenta años de experiencia en materia de financiación ilegal de partidos han pasado fundamentalmente por alto la vinculación entre dinero, funcionamiento partidista y democracia interna, los nuevos partidos, al menos en su momento de emergencia, han sido un motor de innovación organizativa y cultural. Podemos, por ejemplo, dio una refrescante importancia en sus inicios a la publicación detallada de cuentas, la democratización de la financiación, la independencia de los órganos disciplinarios internos, y la participación de los militantes. Aunque las perspectivas de ese primer impulso no parecen particularmente buenas, sino que más bien parece languidecer frente a los ataques de una cierta lógica reactiva[66], algunos cambios han llegado aquí para quedarse.

El poder monolítico de las élites de los partidos (a veces reducidas hasta el ridículo al llamado "triángulo del poder": presidente, secretario general y tesorero[67]) para formar las listas electorales y tomar todas las decisiones de relevancia parece haber quedado herido con la rápida popularización de las elecciones primarias y las

65 M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Responsabilidad penal y responsabilidad política: la necesidad de no confundir", *Transjus working paper 2/2014*, 2014

66 En el momento de terminar de redactar este artículo, la ejecutiva de Podemos vivía una fuerte confrontación con sus propios órganos disciplinarios, con motivo de una reforma estatutaria que no había sido aprobada por la Asamblea General (Ver Elpais.com, "La mayoría de las comisiones de garantías de Podemos declaran nulos los nuevos estatutos", *Elpais.com*, 31/08/2017, disponible en: https://politica.elpais.com/politica/2017/08/31/actualidad/1504197869_683669.html (último acceso 28/11/2017)). Resulta toda una novedad que los órganos disciplinarios de un partido español se enfrenten abierta y públicamente a los dirigentes de la organización. Sin duda ello tiene que ver con la elección a través de primarias de los miembros de esos órganos, y con su regulación estatutaria como órganos independientes, pese a que esta, en el caso de Podemos, fue severamente limitada en el último congreso.

67 M. GALLERO, *Bárcenas. La caja fuerte, op. cit*., pág. 102

consultas a la militancia que, con todos los problemas que puedan plantear, sirven de límite a las tendencias oligarquizantes. Partidos como PSOE y Ciudadanos ya han propuesto vincular la financiación de los partidos a su democracia interna[68], un paso fundamental, extraño a la cultura partidista de la transición, para afrontar de manera seria la cuestión de la corrupción[69]. Por tímidos que sean, estos cambios, sumados a la introducción de algunas medidas legales, ya mencionadas, destinadas a resucitar del mundo de las fantasmagorías la esfera de la responsabilidad política, permiten por lo menos albergar esperanza en que el incierto presente desemboque en una nueva cultura política donde las formaciones partidistas no se vean recompensadas por mantener estructuras basadas en el secreto, el clientelismo, el funcionamiento antidemocrático, y el alejamiento de sus bases y de la sociedad en su conjunto. Las próximas reformas en materia de partidos, sin duda por venir, quizás no sean ya solo sobre financiación ilegal y quizás resulten más interesantes que las anteriores.

BIBLIOGRAFÍA.

G. ARIÑO ORTIZ, *La financiación de los partidos políticos*, Documentos del Foro de la Sociedad Civil, n. 1, 2009

B. BARREIRO, e I. SÁNCHEZ CUENCA, "Las consecuencias electorales de la corrupción", *Historia y política*, n. 4, 2000.

C. A. BRIOSCHI, *Breve historia de la corrupción, de la antigüedad a nuestros días*, Ed. Taurus, 2010

B. BUCHAN, y L. HILL, *An intellectual history of political corruption*, Springer, 2014

M. CACIAGLI, *Elecciones y partidos en la transición española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1986

M. CACIAGLI, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, 1996

M. CAÍNZOS y F. JIMÉNEZ, "El impacto de los escándalos de corrupción sobre el voto en las elecciones generales de 1996", *Historia y política*, n. 4, 2000

C. DÁVILA y L. HERRERO, *De Fraga a Fraga: crónica secreta de Alianza Popular*, Plaza y Janés, 1989

S. DE LA ROA VERDUGO, "La asignatura pendiente (y menos sexy de los partidos políticos): la organización", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, n. 11. v. II, 2016

68 Lavanguardia.com, "PSOE y C's vinculan la financiación a los partidos a su democracia interna", *lavanguardia.com*, 24/02/2016, disponible en : http://www.lavanguardia.com/politica/20160224/302399158496/psoe-y-c-s-vinculan-la-financiacion-a-los-partidos-a-su-democracia-interna.html (último acceso 28/11/2017)

69 Sobre sistemas de indicadores para evaluar el funcionamiento interno en partidos políticos, ver por ejemplo la propuesta de S. DE LA ROA VERDUGO, "La asignatura pendiente (y menos sexy de los partidos políticos): la organización", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, n. 11. v. II, 2016

P. DEL CASTILLO, “Problems in Spanish party financing”, en H. ALEXANDER y R SHIRATORI, (eds.) *Comparative political finance among the democracies,* Westview Press, 1994

L. DELGADO DEL RINCÓN, “El control económico-financiero de los partidos políticos por el tribunal de cuentas: su potestad sancionadora”, *Revista de Derecho Político*, 97, 2016

J. DÍAZ HERRERA y R. TIJERAS, *El dinero del poder*, Plaza y Janés, 1991

M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Responsabilidad penal y responsabilidad política: la necesidad de no confundir, *Transjus working paper 2/2014*, 2014

J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y A. GÓMEZ-CÉSPEDES, A., “La corrupción urbanística: Estrategias de análisis”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 85, 2008

E. EKAIZER, *El caso Bárcenas*, Planeta, 2013

E. EKAIZER, *Queríamos tanto a Luis*, Temas de Hoy, 2015

J. M. FERNÁNDEZ CALLEJA, “La crisis económica y los escándalos de corrupción aumentan la audiencia de los debates televisivos”, *Opción*, n. 11 v. 32, 2016

L. FERRAJOLI, “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad” en P. ANDRÉS IBAÑEZ (ed), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción,* Trotta, 1996

J. L. GALIACHO y C. BERBELL, *FILESA: Las tramas del dinero negro en la política*, Temas de Hoy, 1995

M. GALLERO, *Bárcenas. La caja fuerte: Los papeles secretos del tesorero del PP*, La esfera de los libros, 2016

J. E. GARCÉS, *Soberanos e intervenidos, estrategias globales, americanos y españoles*. Siglo XXI de España Editores, 2008

E. GARCÍA VIÑUELA y C. GONZÁLEZ DE AGUILAR, “Financiación de los partidos y búsqueda de rentas: un análisis de las reformas de la financiación política española de 2007 y 2012”, *Revista Española de Ciencia Política*, n. 34, 2014

B. GARZÓN, *El fango: cuarenta años de corrupción en España*, Debate, 2015

A. GÓMEZ-CÉSPEDES, A. M. PRIETO DEL PINO y P. STANGELAND, “Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: Un proyecto de la Costa del Sol”, *Boletín Criminológico*, n. 65, 2003

S. GONZÁLEZ y M. MAROTO, “La financiación participativa en partidos como herramienta de cambio político”, *eldiario.es*, 10/05/2015, disponible en: http://www.eldiario.es/zonacritica/financiacion-participativa-partidos-herramienta-politico_6_385371492.html (último acceso: 10/09/2017)

F. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Comerciando con el diablo. Las relaciones comerciales con el Telón de Acero y la financiación del PCE a comienzos de los años 60”, *Comunicación presentada en el VI Congreso de la Asociación de Historiadores del Presente La apertura internacional de España. Entre el franquismo y la democracia,* 2014

J. HOPKIN, “The problem with party finance: Theoretical perspectives on the funding of party politics”, *Party politics*, n. 6 v. 10, 2004

J. HOPKIN, y C. PAOLUCCI, “The business firm model of party organisation: Cases from Spain and Italy”, *European journal of political research*, n. 3 v. 35, 1999

L. M. JEREZ DARIAS, V. O. MARTÍN MARTÍN y R. PÉREZ GONZÁLEZ, “Aproximación a una geografía de la corrupción urbanística en España”, *Ería*, n. 87, 2012.

F. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Boom urbanístico y corrupción política en España”, *Mediterráneo económico*, n. 14, 2008

R. JUSTE DE ANCOS, *La formación del bloque de poder económico en España: consejeros, capital y estado en el ibex35*, Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2016

O. KIRCHHEIMER, “El camino hacia el partido de todo el mundo”, en K. LENK y F. NEUMANN (eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Anagrama, 1980

F. A. KLINK, “Veinte años (1993-2013) de ‘política hidrológica’ en España: El secuestro de la política pública”, *Revista de Economía Crítica*, n. 17, 2014

M. MAROTO CALATAYUD, *La financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político-criminal*, Marcial Pons, 2015

M. MAROTO CALATAYUD, “Financiación ilegal de partidos políticos”, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, 2015

G. MARTÍNEZ COUSINOU, *El control de la corrupción política en el ámbito de la financiación de los partidos políticos: actores, intereses y estrategias en España y Reino Unido*. Tesis doctoral. UNED, 2013

A. MATEOS LÓPEZ, “Los socialistas españoles y la cuestión atlántica hasta el referéndum de 1986”, *Ayer: Revista de Historia Contemporánea*, n. 3 v. 103, 2016

J. E. MILLER, “Taking off the gloves: The United States and the Italian elections of 1948”, *Diplomatic History*, n. 1 v. 7, 1983

G. MORÁN, *Adolfo Suárez: ambición y destino*, Debate Editorial, 2009

A. MUÑOZ SÁNCHEZ, “La Fundación Friedrich Ebert y el socialismo español durante la transición a la democracia” en L. D. GÓMEZ ESCALONILLA, R. MARTÍN

DE LA GUARDIA, R. PARDO SANZ (coords.), *La apertura internacional de España: entre el franquismo y la democracia, 1953-1986*, Sílex, 2016

J. T. NOONAN, *Bribes: The intellectual history of a moral idea*, The University of California Press and Macmillan Publishing Company, 1984

A. ORTI, "Transición postfranquista a la monarquía parlamentaria y relaciones de clase: del desencanto programado a la social tecnocracia transnacional", *Política y sociedad*, n. 7. v. 2, 1989

E. PAJARES MONTOLÍO, "La financiación de los partidos políticos= The funding of political parties", *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 11, 2016

PEW RESEARCH (2015), *Trust in government: 1958-2016*, disponible en: http://www.people-press.org/2015/11/23/1-trust-in-government-1958-2015/, 25/11/2015, fecha de consulta: 10/09/2017

J. PRADERA, *Corrupción y política: los costes de la democracia,* Galaxia Gutenberg, 2014

P. J. RAMÍREZ, *Así se ganaron las elecciones 1979*, Prensa Española, 1979

E. RODRÍGUEZ, *La política en el ocaso de la clase media. El ciclo 15M-Podemos*, Traficantes de Sueños, 2016

J. RODRIGUEZ TERUEL, "Dinero público y ciudadanos ausentes: La financiación de los partidos políticos en España", en F. J. LLERA RAMO, *Desafección política y regeneración democrática en la España actual: diagnósticos y propuestas*, Dykinson, 2016

J. RODRÍGUEZ TERUEL y F. CASAL BERTOA, "La financiación pública de los partidos políticos: España en perspectiva comparada", *Presupuesto y Gasto Público*, n. 82, 2016

G. ROGER FERNÁNDEZ, "Urbanismo y corrupción: Etiología de una práctica ilícita", *Encuentros Multidisciplinares* n. 50, 2015

G. SÁNCHEZ MEDERO, "Tramas y clanes en el Partido Popular", *El Viejo Topo*, n. 56, 2009

M. SÁNCHEZ SOLER, *Negocios privados con dinero público: el vademécum de la corrupción de los políticos españoles*, Foca, 2003

A. SCHIFFRIN, *Una educación política. Entre Paris y Nueva York,* Península, 2001

TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de Fiscalización de los estados contables de los partidos políticos y de las aportaciones percibidas por las fundaciones y asociaciones vinculadas, ejercicio 2013*, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-3840, 09/02/2017 (último acceso: 10/09/2017)

B. VARGAS, “Las relaciones entre el PSOE y la Fundación Friedrich Ebert durante el franquismo. 1967-1970”, *Hispania Nova. Revista de historia contemporánea,* n. 4, 2004

J. VERSTRYNGE, *Memorias de un maldito,* Grijalbo, 1999

M. VILLORIA y F. JIMÉNEZ, “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 1 v. 138, 2012

REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS

Eldiario.es, “Radiografía (desde el cielo) de 15 años de urbanismo descontrolado”, *eldiario.es*, 21/06/2014, disponible en: http://www.eldiario.es/sociedad/Radiografia-anos-urbanismo-descontrolado_0_272973168.html (último acceso 28/11/2017)

Eldiario.es, “El PP duda de la legalidad de la financiación de Podemos”, *eldiario.es*, 10/4/2015, disponible en: http://www.eldiario.es/clm/PP-duda-legalidad-financiacion-Podemos_0_375862910.html (último acceso 28/11/2017)

Elpais.com, “La mayoría de las comisiones de garantías de Podemos declaran nulos los nuevos estatutos”, *Elpais.com*, 31/08/2017, disponible en: https://politica.elpais.com/politica/2017/08/31/actualidad/1504197869_683669.html (último acceso 28/11/2017)

Lavanguardia.com, “PSOE y C’s vinculan la financiación a los partidos a su democracia interna”, *lavanguardia.com*, 24/02/2016, disponible en : http://www.lavanguardia.com/politica/20160224/302399158496/psoe-y-c-s-vinculan-la-financiacion-a-los-partidos-a-su-democracia-interna.html (último acceso 28/11/2017)

A NOVA VAGA DOS SISTEMAS ELEITORAIS COMPOSTOS OU COMBINADOS. O SISTEMA DE REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL PERSONALIZADA[1*]

THE NEW WAVE OF MIXED ELECTORAL SYSTEMS. THE GERMAN ADDITIONAL MEMBER SYSTEM.

Maria Benedita Urbano[2]**

"*Uma reforma eleitoral é um acto político deliberado, tipicamente de um parlamento ou de outro corpo político, e, assim sendo, deve existir qualquer contingência que a explica quando ela ocorre*"[3]

1. NOTA INTRODUTÓRIA

A maior reforma que ocorreu no século XX em matéria eleitoral foi a adopção, em várias democracias, de sistemas eleitorais de representação proporcional, quebrando-se assim a hegemonia dos sistemas eleitorais maioritários que dominaram a cena política durante todo o século XIX[4]. A introdução dos sistemas eleitorais proporcionais ocorreu num período de mudança, quer a nível social quer político. Mais concretamente, ocorreu num contexto de democratização, com a universalização do sufrágio e a expansão generalizada dos direitos políticos, e esteve ainda ligada à afirmação dos partidos trabalhistas como novos protagonistas da vida política e à consequente reestruturação do sistema partidário tradicional[5]. A adopção dos sistemas eleitorais de representação proporcional teve a vantagem de acabar com uma distribuição de lugares iníqua, mas fê-lo com o sacrifício da personalização da escolha eleitoral, doravante dirigida, em círculos eleitorais plurinominais, a listas de candidatos, quase sempre listas bloqueadas. Dos anos 20-30 — com a generalização da utilização dos sistemas eleitorais proporcionais — até ao início da década de 90 do século passado, verificou-se uma continuidade no domínio dos sistemas eleitorais, com as reformas efectuadas, aqui e ali, em alguns dos elementos concernentes aos sistemas eleitorais (*v.g.*, introdução ou alteração da cláusula-barreira, redimensionamento dos círculos eleitorais, mudança das fórmulas eleitorais) a enquadrar-se perfeitamente na lógica proporcional/maioritária[6].

O grande desafio do século XXI parece ser o de combinar os dois tipos de sistemas eleitorais, de molde a aproveitar as vantagens que uns e outros apresentam. Com os sistemas eleitorais compostos ou combinados oferece-se aos

1 *Separata de Homenagem ao Professor Doutor André Gonçalves Pereira. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2006.

2 ** Doutora em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Juíza Conselheira do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal.

3 Matthew Soberg Shugart, "'Extreme' Electoral Systems and the Appeal of the Mixed-Member Alternative", in *Mixed-Member Electoral Systems. The Best of Both Worlds?* (ed. Matthew Soberg Shugart/Martin P. Wattenberg), Oxford, 2001, p. 27.

4 Com excepção da generalidade dos países anglo-saxónicos, que mantiveram os seus sistemas eleitorais maioritários.

5 Neste preciso sentido, Dieter Nohlen, "Changes and Choices in Electoral Systems", in *Choosing an Electoral System. Issues and Alternatives* (ed. Arend Lijphart/Bernard Grofman), Westport/ London, 1984, pp. 222-3.

6 Cfr. Alessandro Chiaramonte, "I sistemi elettorali misti. Una classificazione", in *Revista Italiana di Scienza Politica*, Ano XXVIII, nº 2, Agosto, 1998, p. 229, Kenneth Benoit, "Models of electoral system change", in *Electoral Studies*, vol. 23, nº 3, Setembro, 2004, p. 365, e Dieter Nohlen, *ob. cit.*, p. 217.

eleitores a possibilidade de uma escolha directa de representantes a nível local, mas também alguns elementos de representação proporcional — sendo certo que a ênfase conferida a cada um dos elementos na mistura pode variar[7]. Alguns países tentaram já esta via da mistura e combinação de sistemas eleitorais, alguns com sucesso (como parece ser o caso da Alemanha), outros com alguns problemas (como parece ser o caso mais recente da Itália). A utilização de sistemas eleitorais compostos ou combinados verifica-se quer em países com tradição democrática consolidada (Itália, Japão, Nova Zelândia e Israel)[8], quer em países que estão envolvidos num processo de democratização, como sejam alguns dos antigos países comunistas da Europa de leste (Geórgia, Hungria, Rússia, Albânia, Bulgária, Croácia e Lituânia) e países que saíram de uma ditadura militar (Bolívia)[9]. A sua utilização é patente ainda em outros países da América Latina (México e Venezuela) e da Ásia (Coreia do Sul e Taiwan)[10].

Em Portugal, a reforma eleitoral está na agenda política, pelo menos desde 1998. Os dois maiores partidos parecem inclinar-se para a adopção de um sistema eleitoral semelhante ao utilizado na Alemanha — como veremos, para alguns, um sistema eleitoral misto (ou misto compensatório[11]), para outros, partindo de um critério diferente, um sistema eleitoral de representação proporcional personalizada. Independentemente da designação, o que é certo é que, exceptuado o caso dos deputados supranumerários (Überhangmandates) — que, a existirem, são escolhidos através de um sistema eleitoral maioritário simples ou de pluralidade (*FPPS*[12]) — os deputados do *Bundestag* são eleitos através do método *Hare-Niemeyer*, pertencente à família dos sistemas eleitorais proporcionais[13]. Com a excepção já referida, os círculos uninominais (também designados de circunscrições) empregues no sistema eleitoral alemão funcionam apenas como círculos de nomeação de candidatos e não como círculos de apuramento do resultado eleitoral[14]. Por outras palavras, a escolha dos candidatos a nível dos círculos uninominais apenas vai ter impacto na *composição pessoal* do parlamento e não na distribuição dos mandatos pelos partidos concorrentes. O sistema de representação proporcional personalizada de tipo alemão é já utilizado (quase sempre com algumas *nuances*) na Nova Zelândia, na Venezuela e na Bolívia[15] e, a um outro nível, na Escócia e no País de Gales, no âmbito dos respectivos parlamentos nacionais[16].

7 Matthew Soberg Shugart/Martin P. Wattenberg, "Introduction: The Electoral Reform of the Twenty-First Century?", in *Mixed-Member Electoral Systems*, cit., p. 1, e Jeffrey A. Karp/Jack Vowles/Susan A. Banducci/Todd Donovan, "Strategic voting, party activity, and candidate effects: testing explanations for split voting in New Zealand's new mixed system", in *Electoral Studies*, vol. 21, nº 1, Março, 2002, pp. 1-2.

8 Nestes países, onde a mudança de sistema eleitoral não acompanhou uma mudança de regime — pelo menos tão acentuada e rápida como a que sucedeu, por exemplo, nos antigos países comunistas —, uma tal mudança parece ficar a dever-se sobretudo "a um processo de desestruturação partidária — testemunhado pelo nascimento de novas formações políticas e pelo aumento da volatibilidade eleitoral — que minou as próprias bases da estrutura institucional em que os sistemas eleitorais emergiram". Ver Alessandro Chiaramonte, *ob. cit*., p. 230.

9 Matthew Soberg Shugart, "'Extreme' Electoral Systems", cit., p. 25.

10 Ver Jeffrey A. Karp/Jack Vowles/Susan A. Banducci/Todd Donovan, *ob. cit*., p. 2.

11 Jeffrey A. Karp/Jack Vowles/Susan A. Banducci/Todd Donovan, *ob. cit*., p. 2.

12 *First Past the Post System*.

13 De assinalar que a proporcionalidade é temperada por uma cláusula-barreira de 5% (ou, em alternativa, a vitória em três círculos uninominais).

14 Ver, por todos, Maria Benedita Urbano, "O sistema eleitoral da República Federal da Alemanha", in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV, Coimbra, 1998.

15 A Nova Zelândia adoptou este sistema em 1993 (na sequência da realização de dois referendos, um consultivo em 1992, e um vinculativo em 1993) e ele foi empregue pela primeira vez nas eleições de 1996. A Venezuela adoptou este sistema em 1993, tendo sido utilizado pela primeira vez nas eleições que decorreram nesse mesmo ano. A Bolívia adoptou este sistema em 1994, e as primeiras eleições que se realizaram com base nele tiveram lugar em 1997. De realçar, que a Nova Zelândia utilizava, previamente à reforma eleitoral, um sistema maioritário à pluralidade de votos, enquanto que a Venezuela e a Bolívia utilizavam sistemas eleitorais proporcionais com listas fechadas.

16 Ao que tudo indica, a Albânia terá já utilizado (e, eventualmente, utiliza ainda) um sistema eleitoral misto baseado no modelo

2. A ESCOLHA DO SISTEMA ELEITORAL

2.1. A ESCOLHA DO SISTEMA ELEITORAL: A DECISÃO

A escolha de um sistema eleitoral nas democracias avançadas não pode ser encarada como um acto de *normal politics*. Pelo contrário, ela constitui uma das decisões institucionais mais importantes, desde logo, porque as diferentes opções eleitorais conduzem a distintos figurinos de representação política. Mais concretamente, a escolha de um específico sistema eleitoral em detrimento de outro pode significar uma opção pela estabilidade política e governabilidade em alternativa à representatividade; pela rotatividade monopartidária no poder em alternativa a governos minoritários ou de coligação; pela responsividade e *accountability* em alternativa à fidelidade partidária. Para além disso, uma má opção pode comprometer seriamente o normal desenrolar da vida político-democrática de um país.

Deste modo, a escolha de um sistema eleitoral implica, do ponto de vista subjectivo, a verificação de, pelo menos, duas condições fundamentais. Por um lado, deve estimular-se a participação de especialistas, em particular (mas não apenas) de cientistas políticos, que possuam conhecimentos adequados para avaliar qual o melhor sistema eleitoral para um determinado país (*v.g.*, que dominem a oferta dos sistemas eleitorais existentes, que conheçam as vantagens e desvantagens inerentes a cada um deles, de preferência, 'testadas' pela sua utilização nas diversas democracias, que conheçam a realidade histórico-social-económica do país que se prepara para adoptar um novo sistema eleitoral). Por outro lado, não podem os actores políticos (em particular, os partidos) promover a consagração de um determinado sistema eleitoral com o propósito único ou primordial de colher vantagens partidárias.

Do ponto de vista objectivo, torna-se necessário que as regras subjacentes ao sistema eleitoral escolhido sejam respeitadas, sob pena de criarmos figuras confusas de pouca utilidade.

Do que foi dito, decorre com clareza que a escolha consciente de um sistema eleitoral pressupõe uma abordagem multidisciplinar, que abarque, por exemplo, o Direito eleitoral, a Ciência Política e a Sociologia Política.

2.2. A ESCOLHA DO SISTEMA ELEITORAL: A MOTIVAÇÃO

A escolha de um sistema eleitoral parece obedecer fundamentalmente a uma de quatro razões.

1) A vontade do partido político no poder de maximizar ou pelo menos preservar a sua representação parlamentar. Enquanto a "arena eleitoral" for estável e o sistema eleitoral servir os seus propósitos, o partido no poder não se sente motivado para alterar as regras eleitorais existentes. O aparecimento de um novo

alemão. Não dispomos, porém, de quaisquer dados sobre a utilização de um tal sistema eleitoral neste país. Ver Matthew Soberg Shugart/Martin P. Wattenberg, "Conclusion: Are Mixed-Member Systems the Best of the Worlds?", in *Mixed-Member Electoral Systems*, cit., p. 580, e Kathleen Bawn, "Voter Responses to Electoral Complexity: Ticket Splitting, Rational Voters and Representation in the Federal Republic of Germany", in *British Journal of Political Science*, nº 29, p. 488, nota 5.

partido com fácil e rápida implantação no sistema político pode levá-lo (e também àquele(s) partido(s) habituado(s) a suceder-lhe rotativamente no poder) a sentir-se ameaçado e a mudar as regras de jogo a seu favor[17][18].

2) A necessidade de escolher um sistema eleitoral mais apropriado às condições políticas, sociológicas, económicas, etc. de um determinado país; numa outra perspectiva, que favoreça a consolidação, funcionalidade e estabilidade do sistema político. Em certa medida, poder-se-á dizer que a reforma eleitoral operada em 1993 na Nova Zelândia — com a substituição de um sistema eleitoral maioritário de pluralidade (que era usado já há 138 anos) por um sistema eleitoral de representação proporcional personalizada — visava combater a total irresponsividade dos parlamentares, nomeadamente dos pertencentes aos dois maiores partidos políticos (que se alternam periodicamente no poder)[19] e a sub-representação gritante do povo maori e das mulheres no parlamento[20].

3) A necessidade de corrigir as falhas do sistema eleitoral anterior ou de temperar o possível extremismo do mesmo. Com efeito, podem verificar-se aqui e ali fenómenos de *hiper-representatividade* (como sucedia em Itália antes da reforma de 1993, com um número excessivo de partidos representados no parlamento a provocar uma instabilidade política que se tornou endémica); de *extremo pluralismo* (como sucedia na Nova Zelândia antes da reforma eleitoral de 1993, com a ocorrência de fenómenos patológicos a nível eleitoral, como a obtenção, em duas eleições consecutivas, da maioria dos assentos parlamentares pelo partido que ficou em segundo lugar no número de votos obtidos); de *hiper-centralização partidária* (como sucedia na Venezuela antes da reforma de 1993, com os parlamentares a actuarem como simples representantes dos partidos políticos e não do povo); de *hiper-personalização* (como sucedia no Japão antes da reforma eleitoral de 1994, em que o sistema de *SNTV*[21] utilizado potenciava uma luta intrapartidária excessiva, com candidatos do mesmo partido a disputar o mesmo lugar, sendo que, na impossibilidade de se estabelecer uma diferenciação de natureza político-partidária entre eles, era fomentado o apelo à pessoa do candidato, o qual expendia largas somas em prendas e favores, sobretudo durante a campanha eleitoral, como forma de assegurar a lealdade eleitoral[22])[23].

4) A existência de outros motivos, como seja, por exemplo, a vontade de personalizar um sistema proporcional, de molde a favorecer um melhor conhecimento dos candidatos a um lugar político e um contacto mais directo com eles, e, de igual forma, a incrementar a responsividade dos representantes perante os cidadãos

17 Ver Carles Boix, "Setting the Rules of the Game: The Choice of Electoral Systems in Advanced Democracies", in *American Political Science Review*, vol. 93, nº 3, Setembro, 1999, pp. 609 e 611.

18 É sabido que todos os partidos pretendem ver utilizado o sistema eleitoral que mais os favorece. Por exemplo, em Inglaterra, desde há muito que o Partido Liberal vem reivindicando a adopção de um sistema eleitoral proporcional, esperando assim ver os seus votos terem uma expressão parlamentar justa. Não basta, contudo, ter essa vontade de utilizar um determinado sistema eleitoral, sendo necessário, outrossim, ter poder suficiente para alterar as regras eleitorais existentes e impor o novo sistema eleitoral. Ver Maurice Duverger, "Which is the best electoral system?", in *Choosing an Electoral System,* cit., p. 31.

19 Fenómeno atípico, dada a utilização de um sistema eleitoral maioritário.

20 Ver David Denemark, "Choosing MMP in New Zealand: Explaining the 1993 Electoral Reform", in *Mixed-Member Electoral Systems*, cit., pp. 71-2 e 78 e ss.

21 *Single Non Transferable Vote*.

22 Cfr. Steven R. Reed/Michael F. Thies, "The Consequences of Electoral Reform in Japan", in *Mixed-Member Electoral Systems*, cit., pp. 381 e 383, e Matthew Soberg Shugart, "«Extreme» Electoral Systems", cit., p. 48.

23 Referindo-se a todas estas patologias, Matthew Soberg Shugart/Martin P. Wattenberg, "Conclusion: Are Mixed-Member Systems the Best of the Worlds?", cit., p. 572.

(subjacente a esta particular motivação não poderá deixar de estar a intenção de revitalizar a representação política e de aumentar a eficiência do processo decisório). Esta parece ser a única razão que move os dois maiores partidos políticos portugueses a proporem a realização de uma reforma eleitoral.

3. OS SISTEMAS ELEITORAIS MISTOS E O SISTEMA DE REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL PERSONALIZADA

Na nota introdutória, foram mencionados uma série de países que adoptaram sistemas eleitorais compostos ou combinados, habitualmente conhecidos como sistemas mistos (*Mixed Member Systems*). De entre eles, alguns deles adoptaram um sistema eleitoral do tipo alemão, como é o caso da Nova Zelândia, da Venezuela e da Bolívia. Não há consenso no seio da doutrina estrangeira quanto à classificação do sistema eleitoral alemão, com alguns autores a incluí-lo no grupo dos sistemas eleitorais mistos e outros a sustentarem a sua classificação como um sistema eleitoral de representação proporcional personalizada. Pessoalmente, preferimos esta segunda designação, reconhecendo que a inexistência de um consenso quanto à classificação do sistema eleitoral alemão tem a ver com a diversidade de critérios que podem ser empregues para a definição de um sistema eleitoral misto. Assim, há quem opte por um critério meramente descritivo, atento apenas à verificação de uma combinação, no mesmo sistema eleitoral, de elementos dos sistemas eleitorais maioritários e dos proporcionais (*v.g*., votação nominal e votação por listas). Há quem, pelo contrário, reserve a designação de sistema misto para aqueles sistemas eleitorais em que, para além da dita combinação, se verifica um resultado eleitoral que reflecte a utilização de duas fórmulas ou lógicas distintas (o resultado eleitoral obtido é diferente daquele que existiria se se utilizasse um sistema eleitoral maioritário ou um sistema eleitoral proporcional). Citando Chiaramonti, haverá quem insista sobre os aspectos descritivos (*inputs*) e quem se preocupe mais com o tipo de efeitos produzidos (*outputs*)[24]. Para quem, como nós, acolha esta segunda posição, o sistema eleitoral alemão, apesar de composto (de combinar elementos dos sistemas maioritários e dos proporcionais), não pode ser integrado no grupo dos sistemas mistos, uma vez que com ele se opera uma atribuição proporcional do número total de lugares no parlamento[25]. Entendemos ser perfeitamente adequada a fórmula 'sistema de representação proporcional personalizada' (Nohlen e Kaase), havendo, porém quem prefira outras: sistema eleitoral com dois votos (Jesse), sistema eleitoral com membros adicionais (Irvine), sistema eleitoral com lugar compensador (Taagepera e Shugart) e sistema eleitoral proporcional com membros mistos (Boston)[26].

3.1. A VONTADE DE PERSONALIZAR O SISTEMA ELEITORAL

Na mente daqueles que optaram e impuseram um sistema eleitoral do tipo alemão, estava a vontade de adoptar um sistema eleitoral proporcional que asse-

24 Alessandro Chiaramonte, *ob. cit*., p. 235.
25 Com a excepção, como já vimos, dos parlamentares supranumerários.
26 Dando conhecimento desta pluralidade de fórmulas, Alessandro Chiaramonte, *ob. cit*., p. 236.

gurasse uma distribuição de lugares justa e, com ela, uma maior representatividade do parlamento e a existência de um sistema multipartidário. Simultaneamente, pretendia-se combater a impessoalidade das listas partidárias, propondo a escolha em círculos uninominais de parte dos membros do parlamento; com isto, desejava-se, antes de mais, favorecer um voto mais pessoal, potenciando o interesse dos eleitores pelo candidato enquanto pessoa (e não tanto pela sua identificação partidária ou orientação política) e, eventualmente, tornar mais próximos eleitores e eleitos, personalizando a própria relação representativa.

3.1.1. O QUE É A PERSONALIZAÇÃO?

3.1.1.1. PERSONALIZAÇÃO DO VOTO (VOTO PESSOAL) E PERSONALIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO?

Quase sempre, quando se fala em personalização, associamos a mesma ao acto de votar, ao processo de escolha eleitoral — a personalização como voto pessoal. Com este sentido, a personalização do voto significa, em traços gerais, a possibilidade de os eleitores efectuarem uma escolha mais consciente e pessoal, não tão dependente da filiação ou simples simpatia partidária (ou seja, das influências ideológico-partidárias). Visto de uma outra perspectiva, os candidatos a um lugar no parlamento devem ser pessoas conhecidas dos cidadãos eleitores e não apenas das lideranças ou dos aparelhos partidários. Com base na definição de voto pessoal de Cain, Ferejohn e Fiorina — para quem o mesmo se "«refere àquela quota de apoio eleitoral de que goza um candidato que deriva das suas qualidades, actividades, qualificações e resultados pessoais»»[27]—, Marco Maraffi define o voto pessoal, precisamente, como aquele voto que se deposita num candidato tendo em consideração as suas qualidades pessoais e não tanto a força partidária a que pertence e que o apoia[28].

Mas será que a personalização se esgota ou visa apenas o acto de votar ou, pelo contrário, perdura para além dele, expandindo-se ulteriormente para a relação entre eleitos e eleitores?

A personalização do voto anda associada à utilização dos círculos uninominais, os quais criam os incentivos e as oportunidades para um voto pessoal, sendo que este, por sua vez, tenderá a reforçar os laços entre representantes e território. Com isto pretendemos afirmar que é difícil sustentar que a personalização não cubra também a fase inter-eleitoral. Cabe perguntar em que termos se deve dar então a relação entre representantes e representados, sabendo nós que a maioria dos textos constitucionais das democracias ocidentais consagram o princípio da representação nacional (os parlamentares representam os interesses da nação e não dos círculos eleitorais pelos quais foram eleitos) e o princípio da proibição do mandato imperativo (ou seja, os parlamentares não são obrigados a seguir instruções dos cidadãos eleitores e nem podem ser por eles antecipadamente destituídos).

27 Já ««a parte do voto que não é pessoal compreende o apoio dado ao candidato com base na sua pertença partidária, a características dos eleitores tais como a classe social, a religião e a etnia, a reacções às condições nacionais como o estado da economia e a avaliação da actividade do líder do partido de governo»». B. Cain, J. Ferejohn, M. Fiorina, citados por Marco Maraffi, "Candidati locali e partiti nazionali: il «voto personale» nelle elezioni del 1994", in *Quaderni di Scienza Politica*, Ano IV, nº 1, Abril, 1997, p. 19.

28 Marco Maraffi, *ob. cit*., p. 19, nota 3.

A questão que de momento fica em aberto é, pois, a de saber se a personalização deve condicionar o tipo de actuação dos parlamentares eleitos ou escolhidos em círculos uninominais.

3.1.1.2. VOTO PESSOAL: VOTO DE OPINIÃO, VOTO ESTRATÉGICO E VOTO DE TROCA

Limitando-nos agora à questão da personalização entendida como a pessoalidade do voto, vimos que um voto com conhecimento de causa e pessoal não implica necessariamente um voto no partido (ou no candidato do partido) preferido. Como decorre do que foi dito, o voto pessoal será um voto orientado por factores como a personalidade, as qualidades, as habilitações, a experiência prévia do(s) candidato(s) — usando a terminologia de Maraffi, ele configura um *voto de opinião*[29] [30]. Mas, verdadeiramente, um voto com conhecimento de causa e pessoal também pode ser um voto de protesto por não se estar de acordo com o candidato (ou lista de candidatos) apresentado pelo seu partido; ou ainda, pode ser um voto útil, abdicando-se do voto no candidato (ou lista de candidatos) preferido, dada a sua inviabilidade eleitoral; ou ainda, pode ser um voto a pensar, por exemplo, na composição de uma coligação pós-eleitoral; ou, por fim, pode ser um voto interessado, a pensar em vantagens concretas para os eleitores do círculo eleitoral ou para certos grupos de pessoas aí presentes. Nos três primeiros casos, a decisão de voto é, ainda assim, motivada em larga medida, senão exclusivamente, por uma lógica partidária; em relação a todos eles se pode falar de um *voto estratégico* — o qual é um voto racional. Já no último caso, a escolha do eleitor, sendo também ela táctica, orienta-se pela perspectiva de obtenção de benefícios particulares, em geral de carácter pessoal e de natureza económica — trata-se do denominado, por Marco Maraffi, *voto de troca* (isto é, um voto de tipo clientelar, em que se esperam contrapartidas para o círculo eleitoral e respectivos eleitores ou pelo menos para alguns deles)[31]. Seja como for, o que é importante alertar é que não é de esperar que o voto pessoal configure sempre o que denominámos, na esteira de Maraffi, um voto de opinião (isto é, que implique sempre a votação num candidato enquanto pessoa, tendo em consideração as suas qualidades, a sua experiência, etc.) e que, em consonância, conduza necessariamente a uma maior aproximação entre eleitores e eleitos. O que se tem verificado, reportando-nos aos casos da Alemanha, da Venezuela e da Bolívia (todos eles, como é sabido, utilizadores de um sistema de representação proporcional personalizada) é que, em regra, os eleitores alemães utilizam o primeiro voto — ou seja, o voto no círculo uninominal — para votar no candidato de um dos dois maiores partidos (*CDU* ou *SPD*) porque são os únicos com possibilidade de ganhar o círculo; já os eleitores venezuelanos e bolivianos (sobretudo estes últimos) utilizam com demasiada frequência o seu voto no círculo uninominal a pensar nas contrapartidas económicas desse voto. Em suma, o voto pessoal pode conter em si várias orientações ou, se se preferir, pode haver vários tipos de votos ou de eleitores pessoais.

29 Um voto de opinião é um voto baseado em informações correctas sobre as características pessoais dos candidatos, as suas opiniões e os seus programas e, se for o caso, da sua experiência prévia. Ver Marco Maraffi, *ob. cit*., p. 21.

30 Expressão que preferimos à de voto afectivo. O voto de opinião é um voto racional, já o voto afectivo pode ser racional ou emocional.

31 Marco Maraffi, *ob. cit*., p. 21.

3.1.2. COMO SE CONCRETIZA A PERSONALIZAÇÃO NO CASO DO SISTEMA DE REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL PERSONALIZADA?

3.1.2.1. ATRAVÉS DE CÍRCULOS UNINOMINAIS DE PEQUENA MAGNITUDE

A personalização não acontece pelo simples facto de se utilizarem círculos uninominais. Para que a personalização se torne uma realidade é indispensável que os círculos uninominais sejam de pequena magnitude. Desde logo, os círculos pequenos favorecem a visibilidade dos candidatos. Para além disso, eles oferecem a ocasião e criam a motivação para o estabelecimento de relações — num primeiro momento, entre candidatos e eleitorado, num segundo momento, entre representantes e representados — de natureza mais pessoal e particularística, ou seja, que não possuem um carácter ideológico e partidário[32]. Efectivamente, quanto menos extenso for o círculo, maiores hipóteses existem de um contacto físico entre candidatos/eleitores e representantes/representados. Este contacto físico revela-se de extrema importância, visto que é ele que abre as portas, por um lado, para o conhecimento, por parte dos candidatos, das aspirações e necessidades dos eleitores; por outro lado, para o conhecimento, por parte do eleitorado, da pessoa do candidato, das suas qualidades, das suas habilitações, da sua capacidade para atender àquelas aspirações e necessidades, etc. Finalmente, é a pequena magnitude dos círculos que permite uma melhor identificação e delimitação dos problemas, das necessidades e dos interesses específicos de um determinado círculo, assim se facilitando a tarefa dos futuros representantes na sua resolução e concretização.

Dito isto, a mensagem que deve passar para aqueles que, no nosso país, desejam implantar um sistema de representação proporcional personalizada é a de que a vontade de reduzir o número de deputados da Assembleia da República tem que ser devidamente ponderada e necessariamente equacionada com esta questão da extensão territorial dos círculos eleitorais. Com círculos uninominais de grande magnitude, dificilmente terão a tão desejada personalização. Esta mesma é a convicção de Max Kaase, para quem as expectativas da criação de laços especiais entre os parlamentares de círculo e os eleitores não se materializaram na Alemanha, sendo que um dos principais contra-incentivos à aproximação entre os parlamentares e os cidadãos é o número médio de eleitores por círculo uninominal, manifestamente excessivo[33].

3.1.2.2. ATRAVÉS DO DUPLO VOTO

O sistema eleitoral de tipo alemão não exige necessariamente a existência do duplo voto. Aliás, na Alemanha, nas eleições de 1949, foi utilizado o sistema de voto único, em que o voto de cada eleitor influenciou simultaneamente a selecção do candidato individual e da lista partidária.

Em termos abstractos, a existência de um duplo voto favorece uma melhor percepção, por parte dos eleitores, dos incentivos (ou, se se preferir, das virtuali-

32 Cfr. Marco Maraffi, *ob. cit*., pp. 18 e 23.

33 Max Kaase, "Personalized Proportional Representation: The 'Model' of the West German Electoral System", in *Choosing an Electoral System*, cit., p. 162.

dades) do sistema eleitoral de tipo alemão. A existência do duplo voto permite o voto dividido ou cruzado (*vote splitting* ou *ticket-splitting*), o qual poderá potenciar uma maior personalização do voto, consubstanciada seja num voto de opinião, seja num voto estratégico (*v.g.*, um voto de protesto ou um voto útil[34])[35]. Na realidade, como teremos oportunidade de ver mais adiante, o *ticket-splitting* não se generaliza com muita facilidade e quando ocorre (e não é motivado por uma má compreensão do sistema) ele não parece obedecer fundamentalmente à consideração das características pessoais do candidato (ou à percepção que se tenha delas), sendo justificado, pelo menos em igual medida, por razões estratégicas. Ao que tudo parece indicar — embora sejam necessários estudos mais aprofundados sobre esta questão — o *ticket-splitting* é utilizado preferentemente pelos eleitores mais interessados na política e nas eleições, que tentam maximizar a efectividade dos seus votos[36]; são, portanto, eleitores que votam assiduamente, e que dividem o seu voto para não o desperdiçar em candidatos sem hipótese de sucesso eleitoral (isto é, para evitar votos sem valor de resultado), ou a pensar em futuras coligações, ou ainda, como forma de protesto — em suma, que utilizam o *ticket-splitting* de forma estratégica[37].

Também agora, e mais uma vez apoiando-nos em Kaase, cumpre alertar que dar o nome de segundo voto (*Zweitstimme*) ao voto decisivo em termos de resultado eleitoral pode revelar-se enganador[38]. É preciso que os eleitores tenham consciência do real sentido de cada um dos votos, e que compreendam qual deles é que vai contribuir realmente para o resultado eleitoral.

3.2. ASPECTOS A TER EM CONSIDERAÇÃO PELOS REFORMADORES

A reforma eleitoral não deve ser um acto voluntarista, encarado com um optimismo desmesurado e ingénuo e totalmente alheado do contexto histórico-político-social em que vai ser aplicado. Há uma série de aspectos que deverão ser tidos em consideração. De seguida destacaremos alguns.

1) Reportando-nos especificamente à personalização, há que referir que ela não se materializa de um momento para o outro e, para além disso, podem ocorrer variados contra-incentivos a essa mesma materialização.

É por demais sabido que a reforma do sistema eleitoral não produz automaticamente os efeitos pretendidos, sendo necessárias pelos menos duas/

34 Um eleitor poderá votar a nível dos círculos uninominais num candidato de outro partido como forma de mostrar o seu desagrado pela escolha do candidato feita pelo 'seu' partido. Por sua vez, ainda a nível dos círculos uninominais, os candidatos dos partidos mais pequenos tenderão a votar no candidato de um dos dois grandes partidos para não desperdiçarem o seu voto (uma vez que, salvo alguma idiossincrasia local ou nacional, só os dois maiores partidos têm possibilidade de alcançar o único mandato em disputa nestes círculos).

35 Apesar de o eleitor ser militante ou simpatizante de um partido, ele vai poder escolher, a nível dos círculos uninominais, um candidato de que gosta mais (pelas suas qualidades pessoais, pela competência já demonstrada, etc.) ainda que sendo de outro partido — sem haver o perigo de, com o seu voto, aumentar o *score* eleitoral desse outro partido.

36 Em sentido próximo, R.J. Johnston/C.J. Pattie, "Campaigning and split-ticket in new electoral systems: the first MMP elections in New Zealand, Scotland and Wales", in *Electoral Studies*, vol. 21, nº 4, Dezembro, 2002, p. 589.

37 Já não é tão frequente encontrar-se um *ticket-splitter* que tenha dividido o seu voto por motivos afectivos. Ao que parece, os que recorrem ao *ticket-splitting* por motivos afectivos são os eleitores menos informados e menos interessados na eleição e na política em geral. Ou seja, uma grande fatia de potenciais *ticket-splitters* por motivos afectivos corresponderá aos abstencionistas crónicos.

38 Max Kaase, *ob. cit*., p. 163. Ver ainda Jeffrey A. Karp/Jack Vowles/Susan A. Banducci/Todd Donovan, *ob. cit*., p. 2. Estes autores, baseando-se em estudos realizados na Alemanha após as eleições de 1987, referem que só 45% dos eleitores identificam o segundo voto como o voto partidário, enquanto 20% dos eleitores pensavam que se tratava do voto nominal.

três eleições para que se possam apreciar os frutos da aplicação das novas regras eleitorais. Isto, porque tem que ter lugar um processo de aprendizagem das novas regras de jogo, tanto por parte dos eleitores como dos partidos[39]. Esse processo de aprendizagem é tanto mais difícil e demorado quanto mais complexo for o novo sistema eleitoral. Por vezes, pode mesmo eternizar-se.

Nas primeiras eleições após a introdução de novas regras eleitorais pode verificar-se uma certa incerteza e indecisão geradas, precisamente, pelo confronto com essas novas regras eleitorais e com a, muitas vezes, consequente reestruturação da oferta política, podendo isso levar as pessoas a voltarem-se para o conhecido: a identificação partidária do candidato[40].

Eventualmente, terá sido o que sucedeu em Itália. Um estudo realizado no seguimento das primeiras eleições realizadas neste país, após a reforma de 1993 (também ela inspirada, entre outras coisas, por uma maior personalização do acto eleitoral), mostra que apenas 34% dos eleitores votou num candidato por causa das suas qualidades pessoais, contra 56% que afirmaram ter sido decisivamente influenciados pela orientação partidária[41].

2) De uma forma genérica, diga-se que a previsão do comportamento eleitoral dos cidadãos, de acordo com as novas regras eleitorais, tem mais hipóteses de acertar nas democracias desenvolvidas e/ou estáveis do que nas novas democracias ou em regimes democráticos instáveis (ou em que existe uma grande incerteza — nomeadamente, por ausência de estudos especializados nos domínios sociológico, antropológico, etc. — quanto à estrutura da 'arena política'). Mais uma vez nos socorremos do caso italiano para ilustrar esta afirmação. Com a utilização do novo sistema eleitoral misto acreditava-se poder pôr termo à instabilidade endémica do sistema político-partidário italiano. Ora, os actos eleitorais que entretanto se realizaram mostram que a pretendida 'domesticação' do já paradigmático multipartidarismo selvagem redundou em rotundo fracasso, traduzido na não obtenção de uma maioria absoluta por parte do partido vencedor das eleições, e ainda, na expansão do fenómeno do transfuguismo (neste momento, o terceiro maior grupo parlamentar na Câmara dos deputados é o grupo misto que acolhe os trânsfugas, ou seja, aqueles parlamentares que abandonam, no decurso da legislatura, o partido pelo qual foram eleitos).

3) A natureza do sistema eleitoral não determina apenas a maneira como o voto das pessoas é contado e transformado em lugares políticos mas, de igual forma, influi no próprio sentido do voto[42]. Com esta afirmação se pretende alertar para a circunstância de que o modo como as novas regras eleitorais vão afectar o resultado das eleições depende também da maneira como os eleitores reagem a elas (se e como reagem). Ora, a capacidade dos cidadãos de reagir racionalmente às regras eleitorais pode ser limitada nos casos em que elas se apresentam complexas[43].

39 Dão conta deste inevitável período de aprendizagem Alessandro Chiaramonte, *ob. cit*., p. 257, Fiona Barker/Jonathan Boston/Stephen Levine/Elizabeth McLeay/ Nigel S. Roberts, "An Initial Assessment of the Consequences of MMP in New Zealand", in *Mixed-Member Electoral Systems*, cit., p. 316, e R.J. Johnston/C.J. Pattie, *ob. cit.,* p. 583.

40 Marco Maraffi, *ob. cit*., p. 42.

41 Marco Maraffi, *ob. cit*., p. 21.

42 Kathleen Bawn, *ob. cit*., p. 487.

43 Ver Kathleen Bawn, *ob. cit*., p. 487.

Esta afirmação afigura-se de notável importância quando se pretende adoptar um sistema eleitoral de moderada complexidade em países onde, como no nosso, as taxas de analfabetismo e iliteracia são elevadas. Se não lograrmos apreender o modo como os cidadãos podem reagir racionalmente às regras eleitorais, estaremos a subestimar o impacto que as mesmas irão ter no resultado das eleições. Infelizmente para nós, "a questão de se e quando os eleitores reagem às regras eleitorais só pode", como afirma Bawn, "ser respondida empiricamente"[44]. O que se afigura claro, apesar de tudo, é que, quanto mais complexo for o sistema eleitoral, mais compreensivelmente se torna difícil para os eleitores reagir de modo coerente.

No sistema eleitoral alemão a complexidade consiste na circunstância de que os eleitores vão ter direito a dois votos, um para ser utilizado na escolha de um candidato individual na sua circunscrição, o outro para ser utilizado na escolha de uma lista partidária no âmbito do círculo plurinominal a que pertencem. Em termos mecânicos, este sistema eleitoral funciona como um sistema proporcional. A faculdade de utilizar dois tipos de votos vai, no entanto, como vimos já, potenciar um efeito de personalização que não está presente num sistema proporcional puro. Citando novamente Bawn, "a lógica normativa por detrás do sistema de dois votos depende criticamente de os eleitores reagirem racionalmente, havendo diferentes incentivos eleitorais para a votação nos candidatos individuais e nas listas partidárias". Ou seja, para que essa lógica normativa se concretize na prática é preciso que pelo menos alguns dos eleitores sejam capazes de avaliar os candidatos individuais separadamente dos respectivos partidos e de expressar essas avaliações através dos dois votos. Se os eleitores reagirem à diferença, alguns optarão pelo *ticket-splitting*, dando o seu segundo voto a um partido diferente do do primeiro; os candidatos com *positive vote gaps* (isto é, que tiveram um melhor desempenho do que o seu partido[45]) certamente terão obtido 'votos personalizados' com base nas suas qualidades pessoais e actividades. Se nada disto acontece, "se nem os eleitores nem os candidatos reagirem aos incentivos gerados pelas regras eleitorais, então" — conclui Bawn —"o sistema alemão constitui simplesmente um modo mais complicado de alcançar o mesmo básico resultado proporcional"[46].

Depois de tudo o que foi dito, a pergunta que fica em suspenso é a de saber se os eleitores portugueses vão ser capazes de reagir coerentemente ao duplo voto e à existência de círculos uninominais num sistema que continua basicamente a ser proporcional.

4) Não pode ser deixada de lado a questão da cultura democrática de uma determinada comunidade. Não se trata apenas de constatar que os diferentes países se encontram em distintos estádios no processo de democratização. É indispensável, de igual forma, ter consciência que há povos que revelam uma menor apetência pelo relacionamento eleitoral, a qual pode derivar de variados factores, sejam eles históricos, políticos, económicos (em períodos de crise económica há uma menor apetência pela participação eleitoral), religiosos, sejam eles estruturais ou meramente conjunturais. É certo que em países como a GB e os EUA se verifica uma maior interacção eleitos/eleitores e ambos utilizam sistemas eleitorais

44 Kathleen Bawn, *ob. cit*., p. 488.

45 *Candidate vote gap* é a percentagem de votos obtidos por um determinado candidato num círculo uninominal (primeiros votos) menos a percentagem de segundos votos obtidos pelo seu partido.

46 Kathleen Bawn, *ob. cit*., p. 490.

maioritários. A verdade é que nestes países, em particular nos EUA, há uma longa tradição de participação popular nos assuntos políticos. Ou seja, o terreno já estava preparado para receber este tipo de sistemas eleitorais.

Assim sendo, será aconselhável que naqueles países em que, por variados motivos, a interacção eleitor/candidato e eleitor/eleito seja incipiente, os reformadores não se limitem a implantar os círculos uninominais e sejam criados incentivos e mecanismos para tornar a personalização do voto uma realidade. A título de exemplo, será importante acabar com a selecção dos candidatos a cargo dos directórios partidários, estabelecer a obrigação de deslocação ao círculo pelo qual se foi eleito e de atendimento pessoal dos cidadãos e admitir a reelegibilidade (eventualmente, dentro de certos limites).

3.3. FACTORES QUE PODEM DIFICULTAR A PERSONALIZAÇÃO DO VOTO

Como foi antecipado, existem vários factores que podem funcionar como contra-incentivos à personalização, como sejam, a complexidade do sistema eleitoral, a sua incorrecta utilização, a cultura democrática dos actores políticos (em especial, dos participantes no jogo eleitoral), a magnitude dos círculos eleitorais. Sobre todos eles já nos pronunciámos antes. Para além deles, existe ainda um outro factor desincentivador da personalização que não poderá de modo algum ser subestimado. Estamos a referir-nos à hipercentralização político-partidária que marca a cena política de certos países. Com efeito, a existência de partidos nacionais altamente institucionalizados e burocratizados, dotados de capacidade de controlar as carreiras políticas (capacidade essa em grande parte assente no monopólio do processo de selecção das candidaturas por parte das lideranças partidárias), a disponibilidades dos recursos políticos existentes e o comportamento político dos candidatos eleitos, constitui um importante factor de neutralização dos incentivos à personalização inerentes à utilização de círculos uninominais[47]. Como veremos mais adiante, este dado é confirmado pelas experiências venezuelana e boliviana.

3.4. OUTROS ASPECTOS A TER EM CONSIDERAÇÃO, COM BASE NA EXPERIÊNCIA DE PAÍSES UTILIZADORES DE UM SISTEMA DE REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL PERSONALIZADA (ALEMANHA, NOVA ZELÂNDIA, VENEZUELA E BOLÍVIA)

3.4.1. O AUMENTO DAS DESPESAS ELEITORAIS

Com a utilização do sistema de representação proporcional personalizada passa a haver duas corridas eleitorais. Mesmo os grandes partidos, que, em geral, têm assegurados os lugares nos círculos uninominais, acabam por concorrer em todos os círculos e apostam nas campanhas individuais, uma vez que isso pode potenciar a votação a nível do círculo plurinominal. De assinalar que há quem mencione um aumento de fenómenos de corrupção associado ao crescimento das despesas das campanhas.

47 Marco Maraffi, *ob. cit*., p. 20.

3.4.2. A DIMINUIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO ELEITORAL

A diminuição da participação eleitoral é uma eventualidade a ter seriamente em conta. Ela pode ser motivada:

a) pela não compreensão do sistema eleitoral — os eleitores não sabem de que modo o seu voto vai influenciar o resultado eleitoral e/ou têm receio de enganar-se, prejudicando o seu partido preferido, optando, por estes motivos, por abster-se;

b) por uma errónea compreensão do sistema — os eleitores convencem-se que o voto no círculo uninominal é que é determinante para o resultado eleitoral e, deste modo, aqueles que apoiam pequenos partidos com pouca viabilidade eleitoral (isto é, com poucas hipóteses de ganhar um círculo eleitoral daquela natureza) ficam desmotivados e optam por não votar[48].

É natural que, com o tempo, os eleitores se familiarizem com as novas regras eleitorais, com a sua complexidade, não abdicando então da sua participação nos actos eleitorais.

3.4.3. O ENFRAQUECIMENTO DA LEGITIMIDADE DO SISTEMA POLÍTICO

Esta possível consequência da utilização do sistema de representação proporcional personalizada está intimamente relacionada com o aspecto anterior. A não compreensão ou má compreensão do sistema eleitoral pode levar a que se produzam resultados eleitorais não consentâneos com as preferências dos eleitores. A discrepância entre a vontade dos eleitores e os resultados eleitorais pode desmotivar os eleitores, que passam a abster-se, o que, certamente, pode pôr em causa a legitimidade do sistema político[49].

3.4.4. O INCREMENTO DO VOTO ÚTIL (EFEITO PSICOLÓGICO DE DUVERGER[50])

O voto útil é um voto mais racional (evita-se o desperdício de votos) e, nesse sentido, é desejável. Acontece, porém, que ele pode conduzir a uma menor apetência pelo relacionamento entre os cidadãos e os seus representantes no período inter-eleitoral, uma vez que o eleitor não votou no candidato com o qual se identifica. A acontecer isto, esbate-se o efeito de personalização, objectivo primordial da utilização do sistema de representação proporcional personalizada.

De realçar que, em princípio, este fenómeno só se verifica a nível dos círculos uninominais e, verdadeiramente, ele depende do contexto eleitoral típico de cada país. Assim, na Alemanha, tendo em consideração que nos círculos uninominais só os dois maiores partidos (*CDU*/*CSU* e *SPD*) têm hipóteses de ganhar o círculo[51], os eleitores dos partidos mais pequenos (*FDP*, *Grünen*) abdicam do seu voto

48 É de notar os altos níveis de abstenção que marcaram as primeiras eleições com o sistema de representação proporcional personalizada na Venezuela. Ver Brian F. Crisp/Juan Carlos Rey, "The Sources of Electoral Reform in Venezuela", in *Mixed-Member Electoral Systems*, cit., p. 177.

49 Ver Jeffrey A. Karp/Jack Vowles/Susan A. Banducci/Todd Donovan, *ob. cit*., p. 2.

50 Entende Duverger que nos sistemas maioritários de pluralidade, dado que em cada círculo uninominal apenas um candidato pode ser eleito, o efeito psicológico desencoraja os eleitores a votar num candidato que não seja um dos dois mais fortes (em suma, num candidato fraco ou não viável).
O efeito psicológico de Duverger é explicado por Jeffrey A. Karp/Jack Vowles/Susan A. Banducci/Todd Donovan, *ob. cit*., p. 3.

51 Jeffrey A. Karp/Jack Vowles/Susan A. Banducci/Todd Donovan, *ob. cit*., p. 8.

preferencial a favor de um voto útil. Já na Nova Zelândia, a existência de partidos emergentes que, em certos círculos, podem aspirar ao único lugar em disputa, faz com que os eleitores desses partidos mais pequenos não abdiquem do seu voto preferencial.

3.5. DOIS TIPOS DE PARLAMENTARES, O MESMO TIPO DE REPRESENTAÇÃO?

Deixámos para o fim a questão mais problemática que envolve a utilização do sistema de representação proporcional personalizada. Tivemos já ocasião de ver que a personalização transcende inevitavelmente o acto de votar (e os seus momentos prévios), expandindo-se para a relação representativa. Cabe averiguar se a utilização deste tipo de sistema eleitoral deve originar diferentes tipos de representação consoante o tipo de parlamentar: parlamentar de círculo (ou nominal) ou parlamentar partidário[52].

Em termos teóricos, a utilização de círculos uninominais — para eleição ou como forma de selecção dos candidatos — deveria produzir dois resultados positivos. Por um lado, deveria contribuir para a melhoria da qualidade dos parlamentares, uma vez que nestes círculos geograficamente reduzidos os eleitores fazem uma escolha com base numa apreciação pessoal e circunstanciada da pessoa do candidato, sendo que "a selecção dos aspirantes ao cargo de representante melhora em função da demanda de eleitores informados e exigentes"[53]. Por outro lado, deveria contribuir para a escolha de parlamentares particularmente atentos aos problemas e necessidades específicos do círculo eleitoral pelo qual foram eleitos. Sucede que a realidade dos factos nem sempre é esta. Isto porque, como alerta Bawn, a utilização de círculos uninominais no âmbito de um sistema eleitoral maioritário de pluralidade cria potencialmente alguns maus incentivos. Com efeito, a utilização desse tipo de círculos cria um incentivo para os parlamentares atenderem excessivamente aos eleitores individuais, e tentarem chamar a si o crédito pela resolução de problemas concretos do círculo. Do mesmo modo, cria um incentivo para responder excessivamente aos interesses locais e a ignorar as consequências políticas que extravasem o círculo. Na verdade, maus incentivos são gerados igualmente pela utilização de um sistema de representação proporcional. Agora, a tendência é para os parlamentares partidários estarem demasiado subordinados (ou mesmo, dominados) à liderança partidária (da qual depende a sua colocação nas listas), ignorando as necessidades dos eleitores individuais. Para além disso, a utilização de um sistema eleitoral proporcional conduz os parlamentares a atender excessivamente àqueles interesses suficientemente poderosos e organizados para influenciar a organização partidária.

Diga-se que, à partida, o sistema de representação proporcional personalizada deveria neutralizar os maus incentivos acabados de assinalar, pelo simples facto de colocar em confronto os dois tipos de parlamentares. A existência de parlamentares partidários não permitiria que a representação nacional se transformasse numa representação particularística, localista e clientelar. A existência de parlamen-

52 Obviamente, ambos são parlamentares que representam determinados partidos. A expressão 'partidário' utilizada para designar os parlamentares eleitos em listas partidárias apenas pretende acentuar, precisamente, essa circunstância — ou seja, o terem sido eleitos no âmbito de uma lista partidária.

53 Marco Maraffi, *ob. cit*., p. 52.

tares de círculo lembraria aos parlamentares partidários que se pode representar o interesse nacional sem descurar completamente os interesses específicos dos cidadãos de um determinado círculo. Colocada a questão nestes termos, parece poder afirmar-se que, ao adoptar-se um sistema de representação proporcional personalizada, a intenção não será a de criar dois tipos completamente distintos de representação, mas apenas de localizar ou territorializar a representação, de incutir uma orientação local na actuação de uma parte dos parlamentares (os quais terão que identificar os interesses próprios do seu círculo e que procurar levar a cabo iniciativas legislativas que reflictam esses interesses específicos), sem contudo perder de vista a realização do interesse nacional como objectivo último do seu mandato. Assim sendo, é de esperar uma certa mudança comportamental que afectará os parlamentares de círculo, a qual deverá registar-se sobretudo ao nível da sua actividade parlamentar, e não tanto ao nível da sua actividade local; ainda que a este nível também se possam verificar algumas diferenças comportamentais, está completamente posta de parte a ideia de 'municipalizar' a actuação do parlamentar.

De seguida, daremos conta do modo como este problema se tem colocado na Alemanha, na Nova Zelândia, na Venezuela e na Bolívia.

Na Alemanha, país onde a utilização do sistema de representação proporcional personalizada conta já com uma larga tradição, as diferenças comportamentais entre parlamentares de círculo e parlamentares partidários (nomeadamente, no que diz respeito à criação de laços mais fortes com o eleitorado por parte dos primeiros) não são particularmente notórias[54]. A explicação poderá residir na conjugação de três factores principais, quais sejam, a generalização do fenómeno da dupla candidatura, a dedicação dos parlamentares partidários aos círculos pelos quais foram eleitos e o uso moderado do *ticket-splitting*.

No que respeita ao fenómeno da dupla candidatura, diga-se que metade dos candidatos a um lugar no *Bundestag* concorre simultaneamente a um círculo uninominal e nas listas do seu partido[55]. Significa isto que a maior parte dos candidatos não assumem ou não interiorizam logo à partida o distinto significado dos dois tipos de candidatura. É natural que mais tarde, uma vez eleitos, não se compenetrem da necessidade de assumir diferentes papéis.

No que se refere à dedicação aos respectivos círculos dos parlamentares partidários, ela é um dado visível, com a maioria dos parlamentares partidários (pelo menos aqueles que pertencem aos dois maiores partidos) a possuir um gabinete na área do círculo eleitoral pelo qual foram eleitos. Diga-se que este comportamento dos parlamentares partidários é em grande parte fruto de uma estratégia dos dois grandes partidos, os quais esperam que também os parlamentares partidários sejam reconhecidos pelos eleitores como representantes interessados e competentes[56].

Finalmente, apesar de o número de *ticket-splitters* ter vindo progressivamente a aumentar (tendo triplicado entre 1957 e 1998), apenas 1/5 dos eleitores alemães usa o *ticket-splitting*. Em certa medida, isto demonstra que, apesar da crescente familiarização dos eleitores alemães com os distintos incentivos que ofe-

54 Ver Max Kaase, *ob. cit*., pp. 162-3.

55 Ver Hans Dieter Klingemann/Bernhard Wessels, "The Political Consequences of Germany's Mixed-Member System", in *Mixed-Member Electoral Systems*, cit., p. 291.

56 Hans Dieter Klingemann/Bernhard Wessels, *ob. cit*., pp. 291-2.

rece o duplo voto, para uma larga fatia do eleitorado ainda não é totalmente claro o diferente impacto do voto nominal e do voto de lista[57]. Se a isto se acrescentar que num número razoável de casos (na ordem dos 40%) o *ticket-splitting* é usado estrategicamente, a pensar na formação de coligações[58], é fácil perceber que os parlamentares de círculo não se deverão sentir particularmente compelidos a adoptar um comportamento distinto do dos seus colegas eleitos em listas partidárias

Ainda assim, estudos realizados neste país mostram a existência de algumas diferenças comportamentais entre os dois tipos de parlamentares. Antes de mais, a maior parte dos parlamentares de círculo quer representar todas as pessoas da sua circunscrição, enquanto que os parlamentares partidários são mais politicamente orientados na sua actuação. Para além disso, os parlamentares de círculo têm um contacto mais assíduo com os cidadãos, com 99% deles a terem pelo menos um contacto semanal, contra 84% dos parlamentares partidários[59].

Na Nova Zelândia, constatou-se que os parlamentares de círculo e os parlamentares partidários apresentam o mesmo perfil[60], não se registando também entre eles diferenças comportamentais de relevo. Isto ficará a dever-se basicamente a dois factores. Por um lado, também neste país se observa o fenómeno da dupla candidatura, com os candidatos a neutralizarem grandemente os incentivos oferecidos pelo duplo voto. Em segundo lugar, e porventura mais determinante, há que não esquecer a circunstância de que, na Nova Zelândia, a personalização era já uma tradição, uma vez que durante mais de um século foi utilizado um sistema maioritário de pluralidade. Assim sendo, os parlamentares de círculo não tiveram que aprender e interiorizar um novo tipo de comportamento, limitando-se a seguir uma tradição secular de aproximação entre eleitores e eleitos. Não podemos deixar de mencionar que nas eleições de 1996 houve 37% de *ticket-splitters*, o que é uma percentagem elevada se comparada com a dos outros países que analisamos. Para o sucesso desta prática terá contribuído, sem dúvida, a larga campanha de sensibilização e educação dos eleitores (que durou aproximadamente cinco anos) para o novo sistema eleitoral[61]. Cumpre dizer que, na Nova Zelândia, o *ticket-splitting* obedeceu primordialmente a uma decisão estratégica, mais especificamente, à decisão de os eleitores proverem o seu partido preferido com um futuro parceiro de coligação — pois que, com a passagem de um sistema maioritário para um sistema proporcional surgiram novos partidos e aumentou a possibilidade de mais partidos obterem representação parlamentar, o que dificulta a obtenção de maiorias parlamentares e força ao recurso a coligações de partidos[62].

Tanto na Alemanha como na Nova Zelândia, como tivemos oportunidade de observar, o *ticket-splitting* não tem sido muito utilizado, sendo o seu uso motivado, em medida aproximada, por razões relacionadas com a pessoa do candidato e por razões de estratégica. Em nenhum destes países é muito visível uma diferença de comportamento dos parlamentares de círculo e dos parlamentares partidários. A ideia de representação nacional também não parece estar ameaçada.

57 Isso mesmo é sublinhado por Max Kaase, *ob. cit*., p. 163.

58 Hans Dieter Klingemann/Bernhard Wessels, *ob. cit*., p. 287.

59 Ver Hans Dieter Klingemann/Bernhard Wessels, *ob. cit*., p. 292.

60 Cfr. Fiona Barker/Jonathan Boston/Stephen Levine/Elizabeth McLeay/Nigel S. Roberts, *ob. cit*., p. 307.

61 Fiona Barker/Jonathan Boston/Stephen Levine/Elizabeth McLeay/Nigel S. Roberts, *ob. cit*., p. 310, R.J. Johnston/C.J. Pattie, *ob. cit*., pp. 588-9, e Jeffrey A. Karp/Jack Vowles/Susan A. Banducci/Todd Donovan, *ob. cit*., pp. 2-3.

62 Fiona Barker/Jonathan Boston/Stephen Levine/Elizabeth McLeay/Nigel S. Roberts, *ob. cit*., p. 310.

Reportando-nos agora especificamente aos casos da Venezuela e da Bolívia, poder-se-á afirmar que, embora ainda seja muito cedo para tirar conclusões definitivas, parece que as diferenças comportamentais entre parlamentares de círculo e parlamentares partidários são despiciendas, o que se fica a dever ao facto de os partidos políticos não terem abdicado do seu poder de nomear os candidatos às eleições (continua a haver uma selecção altamente centralizada), com as consequências óbvias que isto vai ter ao nível do comportamento dos parlamentares, mais concretamente, com a sua submissão a uma férrea disciplina partidária[63].

Na Venezuela, a mudança de comportamento dos parlamentares foi, como acabámos de referir, limitada. Ao que tudo parece indicar, os parlamentares venezuelanos parecem estar receptivos aos incentivos para cultivar um voto pessoal, mas a verdade é que, em termos imediatos, as diferenças de comportamento não são muito visíveis[64]. Mais especificamente, o comportamento dos candidatos directos/ parlamentares de círculo não parece diferir muito do dos candidatos de lista/ parlamentares partidários. Os principais factores explicativos deste fenómeno são, desde logo, a novidade do sistema eleitoral, não estando ainda os parlamentares de círculo completamente familiarizados com as novas regras e com as recompensas políticas que advêm da sua actividade local. Para além disso, a adopção do novo sistema não enfraqueceu o rígido controlo partidário, quer sobre a nomeação dos candidatos quer, num momento posterior, sobre a sua actuação enquanto parlamentares[65]. Citando Kulisheck e Crisp, "os parlamentares de carreira, quer de lista quer nominais, continuam a enfrentar importantes incentivos de carreira e eleitorais para manter laços com a liderança partidária"[66].

Na Bolívia, as coisas não se passam de forma tão linear. Com efeito, neste país, há quem tente modelar as novas regras eleitorais à sua particular concepção de representação, à sua cultura política própria. Mais concretamente, há um número considerável de eleitores bolivianos que interpreta ou faz uma leitura particularística das oportunidades que são oferecidas pela utilização de círculos uninominais. Em consequência disto, os parlamentares de círculo bolivianos têm sido pressionados a actuar em benefício directo e exclusivo da sua circunscrição.

Em termos gerais, é de mencionar que a utilização, na Bolívia, do sistema de representação proporcional personalizada mostrou-se favorável fundamentalmente para os pequenos e médios partidos com bastiões locais ou regionais e para os pequenos partidos locais, que beneficiaram em termos apreciáveis do voto nos círculos uninominais[67] [68] [69]. É sobretudo em relação a estes partidos que se pode falar de um fenómeno de personalização — pois que os grandes partidos, à semelhança do que sucede na Venezuela, continuam a manter um controlo apertado sobre a selecção dos candidatos e a actuação dos seus parlamentares. Sucede que

63 Brian F. Crisp/Juan Carlos Rey, *ob. cit*., pp. 174 e 193.

64 Cfr. Michael R. Kulisheck/Brian F. Crisp, "The Legislative Consequences of MMP Electoral Rules in Venezuela", in *Mixed-Member Electoral Systems*, cit., p. 423.

65 Estas são as razões avançadas por Kulisheck e Crisp. Ver Michael R. Kulisheck/Brian F. Crisp, *ob. cit.*, pp. 411, 416 e 430.

66 Michael R. Kulisheck/Brian F. Crisp, *ob. cit*., p. 411. Ver ainda p. 424.

67 Este fenómeno é facilmente explicável tendo em consideração que na Bolívia existem muitos partidos com um forte enraizamento local ou regional; anda, portanto, associado a uma idiossincrasia do sistema partidário boliviano.

68 Ver René Antonio Mayorga, "The Mixed-Member Proportional System and its Consequences in Bolivia", in *Mixed-Member Electoral Systems*, cit., pp. 434-5.

69 Apesar disso, o *vote splitting* foi baixo, com a generalidade dos partidos a obterem quase o mesmo número de assentos parlamentares através do voto nominal e do voto de lista. Neste preciso sentido, René Antonio Mayorga, *ob. cit*., p. 438.

o novo sistema eleitoral veio lançar alguma confusão acerca do papel político dos parlamentares eleitos directamente nos círculos uninominais. Embora a afirmação subsequente valha em exclusivo para os parlamentares de círculo pertencentes aos tais pequenos partidos locais e pequenos e médios partidos com bastiões locais ou regionais, poder-se-á afirmar que na Bolívia, mais do que em qualquer um dos outros países analisados, a implantação do sistema de representação pessoal personalizada produziu dois tipos de representantes e dois tipos de papéis parlamentares. Fortemente pressionados pelas demandas locais, os parlamentares de círculo viram-se incapazes de assumir o seu papel de articuladores entre o interesse nacional e o interesse local ou regional, transformando-se numa espécie de conselheiros municipais, o que levou a uma rápida expansão da política paroquial[70]. Isso valeu-lhes ser ostracizados pelos parlamentares partidários. Com algumas excepções, os parlamentares de círculo têm tido um papel marginal na produção legislativa e nas outras actividades parlamentares. Confrontados com a dualidade de funções e com o seu afastamento da dinâmica parlamentar, alguns deles chegaram a solicitar ao Congresso que definisse em termos claros o seu papel; do mesmo modo, em face das acusações de incumprimento de promessas por parte dos eleitores do seu círculo, solicitam com frequência aos mesmos que lhes peçam leis, não serviços básicos[71]. Como afirmámos mais atrás, nos grandes partidos a liderança partidária continua a ter um grande controlo sobre os seus parlamentares, sejam eles de círculo ou partidários, impondo-lhes uma forte disciplina partidária, razão pela qual aquela distinção entre parlamentares e respectivos papéis acaba por se revelar, no final das contas, um fenómeno marginal[72].

Com base, principalmente, no exemplo dos dois últimos países mencionados, é conveniente alertar para o facto de que, se, de um ponto de vista abstracto, a utilização de um sistema eleitoral mais personalizado conduz a uma melhoria da qualidade dos parlamentares e a uma maior transparência do processo de selecção da classe política, há sempre o perigo real do surgimento de fenómenos que podem potenciar o desvirtuamento do conceito de representação política enquanto representação nacional e o florescimento de fenómenos de caciquismo, como sejam, a título de exemplo, a criação de máquinas eleitorais pessoais, o aumento das actividades de âmbito puramente local, o descentramento da *policy making* e ainda um maior grau de particularismo na actuação dos parlamentares[73].

Não podemos terminar sem antes enfatizar a circunstância de que a aplicação do sistema de representação proporcional personalizada, tanto na Nova Zelândia, como na Venezuela e na Bolívia, tem constituído uma fonte de ansiedade para os parlamentares. Na Nova Zelândia, os parlamentares partidários, apesar de também eles desenvolverem um importante trabalho parlamentar e local, sentem-se menorizados, sentem-se como parlamentares de segunda classe[74]. Na Venezuela, e sobretudo na Bolívia, os parlamentares de círculo não só se debatem com uma

70 Isto mesmo é assinalado por Mayorga (*ob. cit.*, pp. 440 e ss).
71 René Antonio Mayorga, *ob. cit.*, pp. 440-1.
72 René Antonio Mayorga, *ob. cit.*, p. 442.
73 Marco Maraffi, *ob. cit.*, p. 19.
74 Fiona Barker/Jonathan Boston/Stephen Levine/Elizabeth McLeay/Nigel S. Roberts, *ob. cit.*, p. 309.

certa indefinição quanto ao papel que o novo sistema eleitoral lhes atribui como, para além disso, e na realidade concreta, vêem-se numa posição difícil, por um lado, pressionados pelos eleitores do seu círculo que esperam deles a resolução dos problemas concretos (*v.g.*, criação de sistema de esgotos e saneamento básico) e, por outro lado, marginalizados pelos seus colegas eleitos em listas, os quais procuram com esta marginalização neutralizar as orientações clientelares (ou, por outras palavras, travar os fenómenos de caciquismo) dos primeiros.

Por último, refira-se que em alguns destes países, em particular na Nova Zelândia e também, em menor escala, na Venezuela, se verifica uma certa desilusão dos eleitores em relação ao novo sistema eleitoral e aos seus resultados. Na Nova Zelândia, imediatamente antes das eleições de 1996, o *MMP*[75] gozava de 42% de apoio popular contra 31% de apoio ao sistema maioritário de pluralidade. Dois anos depois, em 1998, os valores inverteram-se, com o *MMP* a beneficiar do apoio de 30% dos eleitores, contra 57% de eleitores que apoiam o sistema maioritário de pluralidade[76].

4. OBSERVAÇÕES FINAIS

Os sistemas eleitorais compostos ou combinados vão, com toda a certeza, ser a estrela do século XXI, tal como os sistemas eleitorais proporcionais foram a estrela do século que há pouco findou. Supostamente, eles retêm o melhor dos sistemas maioritários (uma relação representativa mais personalizada, com uma maior aproximação entre representantes e representados) e dos sistemas proporcionais (uma representação mais fidedigna da vontade dos cidadãos e, em consonância, uma maior representatividade). A recente difusão deste tipo de sistemas eleitorais parece, deste modo, obedecer a uma lógica de compromisso, orientada pela ideia de que eles combinam o melhor de dois mundos.

No que respeita especificamente ao sistema de representação proporcional personalizada, cumpre expender algumas observações conclusivas. Antes, porém, não poderemos deixar de assinalar algumas conclusões mais genéricas.

Em primeiro lugar, é indispensável sublinhar uma advertência já anteriormente feita, relativa à adopção de um qualquer sistema eleitoral. Há que dizer, concretamente, que não basta atender apenas à fórmula eleitoral (ao funcionamento mecânico das regras eleitorais) e esperar que se concretizem na prática os efeitos que, num plano estritamente teórico, se apresentaram como evidentes. Basta pensar, por exemplo, que sistemas proporcionais com cláusulas-barreira elevadas ou funcionando em círculos eleitorais de reduzida magnitude, assim como sistemas eleitorais maioritários aplicados num contexto de forte diferenciação regional do voto, podem produzir resultados eleitorais inesperados[77]. Como afirma Michele Carducci, é importante não perder de vista as "conexões dialécticas entre fórmulas eleitorais, liberdades políticas juridicamente reconhecidas aos eleitores, regras convencionais ou negociais que integram de facto o comportamento dos actores políticos (indiví-

75 *Mixed Member Proportional.*

76 Cfr. Fiona Barker/Jonathan Boston/Stephen Levine/Elizabeth McLeay/Nigel S. Roberts, *ob. cit*., pp. 315-6.

77 Isto mesmo é assinalado por Alessandro Chiaramonte, *ob. cit*., p. 264. No mesmo sentido, Arend Lijphart/Bernard Grofman, "Choosing an electoral system", in *Choosing an Electoral System*, cit., pp. 5 e 7.

duos ou partidos) destinatários do acto electivo"[78]. Em sentido aproximado, Maurice Duverger refere que a escolha de um particular sistema eleitoral deve depender de variados factores, nomeadamente, da sociedade que o vai usar, da natureza das suas instituições e da relação existente entre as suas forças políticas. Chegando a uma conclusão idêntica, Max Kaase chama a atenção para a circunstância de que os sistemas eleitorais em geral, e o sistema alemão em particular, não podem compensar e erradicar todas as deficiências por qualquer modo inatas na cultura política de uma comunidade e nas instituições políticas de um país[79].

Em segundo lugar, há que admitir que, ainda que imperfeito, um sistema eleitoral há muito enraizado numa comunidade política pode proporcionar um enquadramento institucional mais estável para a expressão dos variados pontos de vista do que um sistema eleitoral novo e não familiar, ainda que este último inerentemente possua mais vantagens. A familiaridade tende a trazer consigo estabilidade. Pelo contrário, a introdução de um novo sistema eleitoral envolve uma temporária redução da estabilidade. "«Partidos, candidatos e eleitores têm que aprender novas regras de jogo enquanto passam por um período de confusão e incerteza, muitas vezes seguido de um período de desapontamento e frustração»»[80].

Deixando de lado estas observações mais genéricas, vamos limitar-nos agora ao sistema de representação proporcional personalizada.

É importante assinalar, antes de tudo, que, como adverte Susan Scarrow, os elementos do sistema eleitoral alemão não surgiram, em primeira instância, como elementos de um modelo teorético. Pelo contrário, as suas características específicas evoluíram de compromissos políticos que surgiram da constelação de forças partidárias existente na Alemanha do pós-guerra. É um sistema em larga medida justificado numa base pragmática — funciona no contexto político-partidário alemão —, pelo menos tanto como numa base dogmática. Por outras palavras, o sistema eleitoral alemão foi, pelo menos em doses iguais, o produto de específicos compromissos situacionais e de uma conscienciosa engenharia eleitoral[81]. Resultou na Alemanha, não significa que vá funcionar em outros países.

Para além disso, há que admitir que não se afigura simples extrair ilações gerais e definitivas sobre a bondade do sistema eleitoral de representação proporcional personalizada. Desde logo, porque, se exceptuarmos o caso alemão, a experiência neo-zelandesa, venezuelana e boliviana em termos de aplicação do sistema eleitoral em apreço é ainda muito recente. Para além disso, a realidade neo-zelandesa era muito distinta das realidades venezuelana e boliviana, quer em termos do contexto em que se operou a reforma eleitoral, quer em termos de expectativas geradas pela adopção do novo sistema, quer ainda, em termos da reacção dos diversos actores políticos às novas regras eleitorais.

78 Cfr. Michele Carducci, "Sistemi elettorali misti e rappresentanza", in *Rappresentare e governare* (ed. Oreste Massari/Gianfranco Pasquino), Bologna, 1994, p. 181.

79 Cfr. Maurice Duverger, *ob. cit*., p. 36, e Max Kaase, *ob. cit*., p. 164.

80 Taagapera e Shugart citados por Fiona Barker/Jonathan Boston/Stephen Levine/ Elizabeth McLeay/Nigel S. Roberts, *ob. cit*., p. 316.

81 Neste preciso sentido, Susan Scarrow, "Germany: The Mixed-Member System as a Political Compromise", in *Mixed-Member Electoral Systems*, cit., pp. 67 e 69. A mesma advertência é feita por Arend Lijphart/Bernard Grofman, *ob. cit*., p. 9 ("o sistema alemão tem funcionado muito bem na Alemanha mas isso é devido a uma pluralidade de factores que não apenas os méritos intrínsecos do sistema de membros adicionais. Uma das suas características que por vezes é admirada — o direito de os eleitores poderem dividir o seu primeiro e segundo voto — pode na realidade revelar-se enganadora, uma vez que o segundo voto marca a escolha decisiva")

Apesar da observação anterior, atrevemo-nos a avançar com algumas notas finais.

Em primeiro lugar, há uma série de factores que podem potenciar ou despotenciar a personalização, que vão desde o tipo de partido (mais ou menos institucionalizado), à sua cor política (este factor associado ao anterior, com os partidos de direita, em regra, a apresentarem-se tradicionalmente como partidos de notáveis, enquanto com os de esquerda com uma forte e centralizadora componente ideológica), o grau de instrução, a exposição aos "media", o tipo de fontes de informação política, a avaliação que é feita do novo sistema eleitoral (com uma avaliação negativa a desfavorecer a personalização), a compreensão do mesmo, etc. Olhando em particular para as experiências venezuelana e boliviana, é fácil concluir que um forte obstáculo à personalização foi o facto de os partidos políticos (ou, talvez melhor, as lideranças partidárias) não terem abdicado do controlo rígido que exercem, primeiro sobre os candidatos (cabendo-lhes o processo da sua selecção), e, num momento ulterior, sobre os parlamentares (impondo-lhes uma férrea disciplina partidária). Parece um dado assente a ideia de que os partidos políticos podem agir como poderosos contra-incentivos à personalização, não permitindo que a sua actuação conduza aos resultados esperados. Se não for acompanhada de uma descentralização político-partidária, a implantação do sistema de representação proporcional personalizada dificilmente produzirá qualquer personalização.

Em segundo lugar, importa igualmente reter que quando há um novo sistema eleitoral os eleitores têm de aprender a operar com ele. Com o sistema de representação proporcional personalizada isso implica que os eleitores aprendam a melhor maneira de usar os seus dois votos para atingir os seus objectivos eleitorais (já para os partidos, implica decidir como fazer campanha para os dois tipos de votos)[82]. Como resulta do já exposto, os eleitores alemães, neo-zelandeses, venezuelanos e bolivianos têm tido dificuldades acrescidas em perceber o alcance do duplo voto, os distintos incentivos e o impacto dos dois tipos de votos. Talvez pior do que isso, alguns eleitores fazem uma interpretação clientelar da utilização dos círculos uninominais — o que vimos, sucede com um grande número de eleitores bolivianos. Citando Maraffi[83], "os eleitores clientelares parecem ter compreendido perfeitamente quais são as oportunidades oferecidas pelo seu sistema uninominal: só que as interpretaram a uma luz (prevalecentemente) particularística, em conformidade com a sua cultura política e os comportamentos consolidados. Estes eleitores parecem ter apreendido e interpretado de maneira selectiva as novas regras eleitorais. Mais exactamente, eles adaptaram as suas pré-existentes orientações cognitivas e políticas — a sua «cultura eleitoral» — às novas regras. Aprenderam a mexer-se no novo sistema eleitoral, mas à luz daquilo que já sabiam sobre a representação política". Como facilmente se compreende, isto vai ter consequências nefastas em termos da realização do interesse nacional. Ninguém nega que a *accountability* local é uma característica desejável. O pior é quando ela vai longe de mais, quando, por exemplo, um parlamentar nominal se comporta como um delegado local, esquecendo o interesse nacional. Este fenómeno de extremo localismo tende a atingir proporções mais alarmantes quando se trata de parla-

82 Com este exacto sentido, R.J. Johnston/C.J. Pattie, *ob. cit*., p. 598.

83 Que se refere especificamente aos eleitores italianos, embora possamos transpor estas palavras para o contexto boliviano. Ver Marco Maraffi, *ob. cit*., pp. 51-2.

mentares sem filiação partidária[84] — não sendo de mais alertar para o facto de que sistemas eleitorais que utilizam círculos uninominais favorecem o aparecimento de candidatos independentes. Como afirmam Shugart e Wattenberg, "a desvantagem dos candidatos não partidários ou independentes é que eles são mais susceptíveis de negociar votos com o executivo ou líderes partidários — oferecendo os seus votos em troca de apoio ou benesses para distribuir no seu círculo. Estes membros raramente são responsáveis pelos seus votos em questões de política nacional; a sua *accountability* local anda à volta da sua defesa paroquial de interesses locais e a sua distribuição de bens nos respectivos distritos"[85].

Finalmente, e para concluir, há que não esquecer que não são apenas os eleitores que ficam confusos com o sistema de representação proporcional personalizada. Como vimos, na Bolívia, e em menor escala na Venezuela, os parlamentares de círculo não sabem muito bem qual é o seu papel, como devem desempenhar a sua actividade local e a sua actividade parlamentar. Mais do que como representantes locais actuando no âmbito de um contexto mais vasto dos assuntos nacionais[86], acabam por actuar no interesse exclusivo do seu círculo ou de certos grupos de pessoas aí estabelecidos. Se os partidos políticos não forem capazes de travar este fenómeno, acabarão inevitavelmente por se transformar em "parties for rent" (esta é a designação atribuída por Mayorga a alguns dos pequenos partidos bolivianos que apenas são responsivos em relação às demandas de determinados grupos de cidadãos)[87].

84 Ver, neste exacto sentido, Matthew Soberg Shugart/Martin P. Wattenberg, "Conclusion", cit., p. 589.
85 Matthew Soberg Shugart/Martin P. Wattenberg, "Conclusion", cit., p. 589.
86 Cfr. René Antonio Mayorga, *ob. cit*., p. 440.
87 René Antonio Mayorga, *ob. cit*., p. 437.

DIREITOS HUMANOS & CONSTITUIÇÃO
BREVE REFLEXÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

HUMAN RIGHTS & CONSTITUTION
BRIEF REFLECTION FROM THE CONSTITUTION OF THE PORTUGUESE REPUBLIC

Paulo Ferreira da Cunha [*]

1 DIREITOS HUMANOS E OUTRAS FIGURAS: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO NATURAL

A comunicação social frequentemente nos traz a expressão "Direitos Humanos". A propriedade com que, normalmente, o termo é usado, é, contudo, muito escassa. E mesmo juristas (e políticos) que a deveriam usar com rigor, a confundem frequentemente. Também a invocam a torto e a direito, sendo que "a má moeda expulsa a boa" e assim o uso imoderado da expressão Direitos Humanos e a sua invocação errónea e banalizada leva água ao moinho dos que (agora já abertamente e sem vergonha) são seus inimigos.

Há realmente várias formas de encarar os Direitos Humanos e há também que separar os Direitos Humanos de figuras próximas.

Não é impunemente que, de vez em quando, o leigo ouve falar em Direitos Fundamentais, ou em Direito Natural. E também, às vezes, ouve falar em Direitos Humanos Fundamentais. São um conjunto de conceitos acerca dos quais o hábito rigorista e conceptualista dos universitários obriga a fazer alguma clarificação. Não é, em si, um mau hábito – pelo contrário. É um hábito de precisão. O problema é quando os académicos se enredam nessa precisão e se tornam, como diria Bacon, nos seus *Ensaios*, cortadores de cominhos.

Muito rapidamente nós poderíamos dizer que esta aspiração a que o Homem – com maiúscula – seja tratado de forma digna, consonante com a sua própria Humanidade (que se postula), para falarmos da forma mais teórica possível, esta aspiração a que elementos de dignidade, de liberdade e afins sejam realmente respeitados, esta fórmula corresponde no plano por assim dizer filosófico àquilo a que se chama Direito Natural, que é a possibilidade da existência de um Direito superior que julga o próprio Direito Positivo, o direito postos pelos poderes e pelos factos. Uma Lei acima das próprias leis. Independentemente de detalhes de híper -rigorismo conceitual, costumam apontar-se as peças de teatro em torno do mito de Antígona (de Sófocles a Anouilh, ou a António Sérgio, por exemplo) como sendo

[*] Doutor em Direito pela Université Panthéon-Assas, Paris II e pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Agregação pela Universidade do Minho. Professor Catedrático com "tenure", Professor visitante da Faculdade de Direito da USP, da Universidade Católica de Santos e da Faculdade de Direito de Kiev, da Academia Nacional das Ciências da Ucrânia, da UANE, México etc. Professor "Associé" ao Departamento de Direito e Justiça da Universidade Laurenciana, no Canadá, Professor Honorário da Universidade de Mackenzie. Vencedor de um dos Prémios Jabuti (ex-aequo) para melhor livro de Direito 2007. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da USP.

eloquentes afirmações dessa distinção entre o direito (quantas vezes injusto) derivado do poder político dos homens (o positivo) e um direito não escrito (as *agraphoi nomoi*), que é capaz de ser captado pela consciência, pela razão (o direito natural).

É em nome desse Direito Natural, ou de um princípio de Justiça ou algo semelhante, que nós podemos dizer que uma lei devidamente aprovada, com todos os carimbos e todas as promulgações é injusta. Uma lei ser injusta? Coisa complicada, mas que cala fundo na sensibilidade de todos. E o que ocorre? É porque se está perante direito positivo que não corresponde a um outro direito superior, a um ideal de justiça que seria o Direito Natural. Evidentemente rios de tinta correram sobre estes temas...

Esta é a dimensão mais filosófica - e que não é aceite por toda a gente, naturalmente. Há quem ache que só é Direito aquilo que o poder, que a força (*Kratos* e *Bías*, na peça de Ésquilo *Prometeu Agrilhoado*), decide. Esses não concebem que possa existir um Direito Natural. Apenas veem o direito na sua génese e manifestações humanas, por vezes demasiado humanas.

Outra figura próxima dos Direitos Humanos são os Direitos Fundamentais. Os Direitos Fundamentais, no fundo, são esses direitos mais ligados com a dignidade da pessoa, em todos os seus níveis, quer no nível político, cívico - a chamada Democracia Civil é feita disso -, quer no plano social, quer no plano económico, quer no plano cultural, quer no plano que agora podemos chamar ambiental, ecológico e também noutros, como o civilizacional, etc. Portanto, Direitos Fundamentais estão nas leis e antes de mais nas constituições. Ou seja, os Direitos Fundamentais seriam a dimensão em princípio nacional, mas positivada, dessas preocupações. E finalmente, os Direitos Humanos seriam – mas vai haver aqui uma derrapagem, já vamos ver - esses mesmos direitos fundamentais, mas já ao nível internacional. É por isso que há uma Declaração Universal dos Direitos Humanos e não uma Declaração Universal dos Direitos Fundamentais ou uma Declaração Universal do Direito Natural.

É evidente que a Declaração Universal dos Direitos Humanos teve a mão de vários filósofos do direito, nomeadamente do Jacques Maritain, que nem sequer era só filósofo do Direito, era um filósofo geral, e naturalmente há uma inspiração jusnaturalista, ou seja, de Direito Natural, na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Mas, do ponto de vista rigoroso, o que acontece é que a Declaração Universal dos Direitos do Homem naturalmente é de Direitos Humanos ou de Direitos do Homem. Porque é universal, é esse plano internacional dos direitos.

É verdade, portanto, que temos estas três dimensões e o bom jurista e o bom político têm que navegar entre estes três níveis. Simplesmente, há aqui um fenómeno muito interessante que é uma espécie de salvação, uma espécie de resgate de todo o Direito pelos Direitos do Homem, os Direitos Humanos.

2 O RESGATE DO DIREITO PELOS DIREITOS HUMANOS

O Direito, de uma maneira geral – e pedimos desculpa aos juristas, grupo em que nos integramos, também – mas hoje o Direito em geral não é muito bem visto pelas pessoas. As pessoas não gostam muito do Direito. As pessoas acham

o Direito, de uma maneira geral... vamos ser francos ... uma burocracia, uma coisa em geral maçadora, que mais valia se não existisse. E em que se pensa quando se evoca o Direito? Às vezes são umas especiosidades, uma vírgula para aqui, uma vírgula para acolá... Quem é que gosta de recorrer ao Direito?

Há uma peça de Racine muito interessante chamada *Os Quereladores*, *Les Plaideurs*, em que há uma senhora que se diverte a pôr processos. A certa altura diz assim: *"Mais vivre sans plaider, est-ce contentement?"*[2] – pode haver contentamento se uma pessoa não viver com um processozinho? Ora bem, essa senhora é a mostra de como o mundo não é. As pessoas não gostam de ter processos. Pode haver uns quereladores, umas pessoas maldispostas, que gostam de aborrecer o vizinho, que põem um processo, etc., mas, em geral, o Direito não é muito bem visto nem procurado senão *in extremis*.

Diz-se que no céu só havia um santo jurista, que era Santo Ivo, o qual tinha conseguido ficar no paraíso através duma fraude... agora parece que já vai havendo a possibilidade de vir a haver outros. Por exemplo, o Prof. de Direito (e de Literatura) Antoine Frédéric Ozanan, fundador da Conferência de S. Vicente de Paulo, foi beatificado por João Paulo II... mas há certamente ainda poucos juristas santos no céu.

Os muçulmanos dizem que os *kadis*, os juízes, estão todos no inferno. Enfim, as ideias tradicionais sobre Direito não nos são, infelizmente, muito simpáticas. Há um livro muito curioso de um advogado que faleceu recentemente, o Dr. Alberto Lamy[3], sobre os advogados, anedotas de advogados, etc., e esse livro está cheio desses testemunhos públicos de como o Direito não está muito bem cotado na nossa sociedade.

Mas, uma coisa nos salva – são os Direitos Humanos. Os Direitos Humanos salvam, resgatam o Direito. A partir da ideia de Direitos Humanos os juristas passam a ser bem vistos, os juristas passam a ter uma função social positiva. Então, o facto de os Direitos Humanos serem um vetor simpático relativamente ao Direito fez com que até na própria doutrina jurídica nós começássemos a contaminar com a expressão Direitos Humanos aquilo que eram Direitos Fundamentais. E, portanto, hoje, muitas vezes, o ser Direito Humano ou ser Direito Fundamental já acaba por ser mais ou menos a mesma coisa e, no Brasil, sobretudo - nós aqui temos a expressão "pão, pão, queijo, queijo", no Brasil inventaram "pão de queijo" - também no Brasil terão inventado (pelo menos usam) os Direitos Humanos Fundamentais que é assim uma espécie de pão de queijo para resolver estas questões.

3 CONSTITUIÇÃO E DIREITOS HUMANOS

Podemos dizer, *lato sensu* que, naturalmente, a nossa Constituição é uma constituição de Direitos Humanos. Em rigor seria de Direitos Fundamentais, com umas pontes naturalmente para o Direito Internacional e para os Direitos Humanos.

2 RACINE. *Les Plaideurs*. Ato I, Cena VII, 1668.

3 LAMY, Alberto Sousa. *Advogados e Juízes na Literatura e na Sabedoria Popular.* Lisboa: Ordem dos Advogados, 2001. 3. v.

Mas, enfim, *lato sensu*, podemos dizer que a Constituição é uma constituição de Direitos Humanos.

E é uma constituição de Direitos Humanos em vários aspetos. Gostaríamos rapidamente de recordar alguns pontos.

Primeiro, na génese da nossa Constituição. A nossa Constituição é uma constituição de Direitos Humanos porque na sua génese ela é uma constituição que vem repor a legalidade constitucional plena, depois de um período que foi o Estado Novo, em que os Direitos Humanos foram bastante maltratados.

Há uma história importante que gostaríamos de contar através de um paradoxo. A constituição é um género literário em que, tal como nos romances de Agatha Christie, o mordomo, ou o cônjuge da vítima é um dos principais culpados. É fundamentalmente o mordomo ou o cônjuge da vítima o culpado. O mordomo, o marido, a esposa...há assim nos romances de Agatha Christie, como sabem, uma chave. Há uma chave nesses romances. E em certa medida o seu êxito também decorre já da esperabilidade do enredo.

Ora, nas constituições também temos uma chave. E essa chave impõe-se a todas as constituições. Impõe-se mesmo a constituições antidemocráticas, o que é o mais incrível que possa parecer. Os estudos preparatórios dessa carta magana tinham dito que a Constituição de 1933 ia ser uma constituição antidemocrática, antiparlamentar e antiliberal. Mas não se conseguiu fazer uma constituição totalmente com essas três características. Porque vingou-se o mordomo. O mordomo de Agatha Christie vingou-se. E disse assim: "Ah é? Então apesar de tudo vamos ter uma Assembleia Nacional, vamos ter, apesar de tudo, uma lista de Direitos Fundamentais que depois não se vão cumprir, mas vai ter que ter lá uma listinha..." etc. etc., etc. É realmente muito interessante. Parece que, de facto, a Constituição tem umas características literárias a que nós não podemos fugir. Portanto, o próprio género constitucional já é em si mesmo bom.

Quando se argumenta: "Ah, mas ao fazer-se numa ditadura uma Constituição, vai ser uma constituição da ditadura, etc....". É lógico. Mas há algo de mais subtil. Deixem fazer-se uma "Constituição", que não será possível prescindir de render (ao menos pela hipocrisia, dita a homenagem que o vício presta à virtude) alguma homenagem à democracia e à liberdade.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 é uma constituição que vem substituir a Constituição do Estado Novo, de 1933, e que vai acabar institucionalmente, antes de mais, com o clima de falta de Direitos Humanos, de falta de Direitos Fundamentais que reinava antes da instauração da democracia. Só por isso já é uma Constituição de Direitos Humanos. Evidentemente, a própria revolução do 25 de abril já dera uma machadada na repressão e no medo, mas vai ser a Constituição que expressamente consagrará a Liberdade reencontrada. Não era uma outorga de Direitos, era um pleno reconhecimento jurídico de Direitos, Liberdades e Garantias.

Se formos analisar o que aconteceu na Assembleia constituinte criadora da Constituição democrática de 1976, há vários momentos em que se revela a

importância desses direitos. E podemos verificar que mesmo depois da revolução foi preciso debate e luta para a instauração de uma ordem democrática.

Recordamos um momento de que quase toda a gente já estará mais ou menos esquecida, que foi a luta que houve pela instituição do período de antes da Ordem do Dia. Havia grupos na Assembleia que não queriam que se discutisse nada na Assembleia a não ser o texto da Constituição. A ideia era que não se criticasse o rumo político que a revolução levava. Mas havia outros que diziam: "Não, nós somos representantes do povo e por isso podemos discutir tudo aquilo que se passa no país". E instituiu-se, depois de muita luta acabou por se instituir, um período antes da Ordem do Dia em que se passava em revista os acontecimentos correntes. E foi fundamental a existência desse período porque transformou a Assembleia Constituinte num verdadeiro parlamento, não legislativo, mas parlamento do ponto de vista da discussão de ideias e fiscalização do poder.

Outro aspeto muito importante em que a Constituinte foi vítima, foi o problema do sequestro da Assembleia. A Assembleia esteve cercada, cercada mesmo, e há fotografias incríveis. Lembramo-nos de uma fotografia do deputado do Porto Dr. António Macedo, com a cabeça apoiada nos braços, já com a idade provecta que ele tinha na altura... e, portanto, foi uma situação terrível. Imagine-se, o órgão de representação máxima de um país esteve cercado. Tal é uma afronta terrível aos Direitos Humanos.

Depois, o que é que se passou? Aquilo a que um constituinte da época[4] chamou "O Suave Milagre da Constituição".

Como todos se lembram, "O Suave Milagre" é aquele conto do Eça de Queirós, obra dos tempos já de mais de maturidade de Eça de Queirós, em que era um "vencido da vida", mas não desistente, antes mais amadurecido. Dalila Pereira da Costa explicou-o em *Entre Desengano e Esperança*[5].

De qualquer forma, é uma expressão extraordinariamente interessante – como é que a Constituição que foi combatida inicialmente por muita gente, vai acabar lentamente por fazer o seu caminho e convencer os vários grupos que era uma boa Constituição? E assim, recordar-se-ão que a Constituição de 1976 só teve quinze votos contra. Na altura, foram os quinze votos do CDS – o CDS tinha mais um deputado, independente, que era o general Galvão de Melo, mas ele votou a favor.

E seja-nos permitido fazer um exercício um tanto arriscado, mas com um fundo de jogo – mas ainda teríamos de perguntar a algumas das pessoas que estão vivas – aventando a hipótese de que, se fosse hoje (e todos soubessem o que sabem hoje, como se diz popularmente), talvez alguns que votaram contra, tivessem votado a favor. E, portanto, daqueles quinze era uma questão de ver se realmente hoje todos teriam votado contra. Também em contrapartida, há um problema: dos outros todos que votaram a favor, alguns teriam votado contra, eventualmente, hoje. É um desafio de hipótese meramente especulativo, para que

4 O constituinte em causa é um historiador, António Reis. E escreveu sobre a evolução das reações à Constituição um interessante artigo, na desaparecida, infelizmente (seria tão interessante que ainda fosse viva) revista *Opção*, que era dirigida, na altura, pelo Artur Portela Filho. V. REIS, António. O Suave Milagre da Constituição. In: *Opção*, ano 1, n.º 7, 1976.

5 COSTA, Dalila L. Pereira da. *Entre Desengano e Esperança:* ensaios portugueses. Porto: Lello Editores, 1996.

possamos ter presente uma ideia importante: que as posições não são imutáveis, pois as pessoas evoluem, mudam, e isso em geral, na política, em Portugal pelo menos e no nosso sistema democrático, não é um drama, nem é um opróbrio para quem muda. Em geral, muda-se por convicção, e respeitabilíssima.

Mas, de qualquer forma, foi realmente um "suave milagre" e gerou-se ali aquilo a que depois o Professor Jorge Miranda chamou uma Constituição compromissória... Cedendo daqui, cedendo de acolá, tendo este e aquele elemento interessante como aportação de gregos, e já aquele outro como contributo de troianos. Depois, alguns exageros de uma fraseologia mais marcada ideologicamente foram limpos na primeira revisão.

A primeira revisão é o grande momento de consolidação da Constituição de 1976. E sempre numa perspetiva de Direitos Humanos múltiplos. Não apenas o pão sem liberdade, nem a liberdade sem pão. Pão e liberdade, sempre no aspeto de que não pode haver uma Democracia, nem pode haver Direitos Humanos apenas políticos, tem que haver Direitos Humanos também sociais, económicos, culturais, etc.

Aliás há um texto brilhante inspirado em Ronald Dworkin, no título, do Professor Gomes Canotilho, que se chama precisamente: "Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais". Porque, realmente, há quem não os tome a sério. Ainda somos do tempo em que as pessoas brincavam com os Direitos Humanos, e diziam mais ou menos assim: "Pois temos direito à saúde? Ah, muito interessante! Vem um indivíduo com duas canadianas ao tribunal – não vai ao hospital, vai ao tribunal – e diz: 'Eu quero ter direito à saúde'. E mostra lá a Constituição - 'Está aqui. Então, faz favor de me dar o direito à saúde!". Podia mesmo ir ao texto constitucional, e ler, altissonantemente: "Artigo 64.º Saúde. 1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover."

Havia outras brincadeiras do género, com o direito à educação, etc. Aliás, neste último caso, poderiam brincar com a estória do Feiticeiro de Oz[6], que criava inteligência meramente através de diplomas...

Tantas estórias, dos habituados a um direito agelástico, do "aço frio das espadas", como disse Teixeira de Pascoaes e incapazes de compreender que o atribuir a cada um o que é seu não é só (qual Robim dos Bosques ao contrário) tirar aos pobres e dar aos ricos o que supostamente tinham por "direito divino"... O direito é bem mais, bem mais subtil, e com muito mais diversidade de funções.

Mas também até aí, mesmo ao nível internacional também se foi verificando um "suave milagre".

Nós poderíamos agora ir ver, direito a direito, como todos estão em potência nos princípios. E a depuração dos princípios – estamos a subir, a chamada "pirâmide normativa de Kelsen" –, a condensação dos princípios está em valores.

A nossa Constituição propiciou que, dois anos mais tarde, a Constituição espanhola - pela primeira vez, mas foi a nossa que preparou o terreno -, condensasse e passasse a letra de forma e a norma constitucional quais são os valores jurídico-políticos superiores. Que no fundo são as estrelas com um brilho próprio que iluminam todos os Direitos Humanos. E quais são essas? Os espanhóis não podiam copiar os franceses, claro. E também não gostariam decerto de copiar

6 FLEMING, Victor. *The Wizard of Oz*. USA, 1939. Cf. BAUM, L. Frank. *The Wonderfull Wizard of Oz*. Londres: Penguin, 1995, p. 111 (1. ed. 1900).

plenamente os portugueses, embora nós tenhamos sido mais poéticos no nosso Preâmbulo... Mas inspiraram-se, toda a gente sabe que se inspiraram. Quando nós aqui logo no Preâmbulo da Constituição dizemos que queremos um *país mais livre, mais justo e mais fraterno*. E outras coisas que vêm aqui no preâmbulo, são a base da reflexão e da construção teórica dos valores juspolíticos.

Esta ideia de liberdade, de justiça e de fraternidade são realmente os valores que iluminam os Direitos Humanos e que os espanhóis sintetizaram em "Liberdade, Igualdade e Justiça". Depois viriam a acrescentar, por cautela, um princípio (o do pluralismo político) com capa de valor, certamente para o elevar, mas tal não era necessário, e de algum modo estragou a perfeição teórica do edifício.

Mas todos nós sabemos que o nome real, o nome que está por detrás de todas estas ideias é aquilo que foi lema da Revolução Francesa e que, nem todos sabem, mas parece que tem como raízes um autor português que é Martinez de Pascalis, que foi inspirador do Saint-Simon.

E, quais são as três luzes que iluminam os Direitos Humanos?

A Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade.

Esses os nomes mais puros e com mais pergaminhos para os grandes valores que animam os Direitos Humanos. Alguns, formados no cretinismo tecnológico (Duvigneaud[7]) e na cegueira moral (Bauman e Donskis[8]) de hoje, certamente encolherão os ombros e dirão que se trata de mais sonhos ou utopias.

Mas "Pelo sonho é que vamos", e as utopias, as boas (eutopias) são os melhores lugares para serem pensados, enquanto neles não conseguirmos viver. Aliás, as Constituições hodiernas, do Estado Constitucional, não são senão utopias vertidas em artigos[9].

7 DUVIGNAUD, Jean. *Sociologia*. Porto: Paisagem, 1971.

8 BAUMAN, Zygmunt ; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira Moral*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

9 Cf. a nossa tese *Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Originalmente apresentado como tese de doutorado, Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Iuridica, 1996.

O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

THE BRAZILIAN FEDERAL STATE: A CRITICAL APPROACH

Ricardo Maurício Freire Soares *

RESUMO

O Brasil, desde os anos 1980, foi além da mudança gradual do federalismo centralizado para um modelo cooperativo descentralizado. Essa transição implica, além de definir as formas e mecanismos de cooperação, a descentralização de competências e atribuições das esferas federal, estadual e municipal. O presente artigo traz reflexões sobre o federalismo brasileiro, atravessando o hiato entre federalismo e federação, elementos estruturais da federação, modelos de federalismo e a realidade da federação brasileira, a dicotomia entre federalismo simétrico e assimétrico e os reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as formas de criação do federalismo, a fim de esclarecer a situação atual do Estado Federal Brasileiro.

Palavras-chave: Federalismo. Federação. Federalismo brasileiro. Federalismo sul-americano. Federação Cooperativa Descentralizada.

ABSTRACT

Brazil, since the 1980s, has gone beyond the gradual shift from centralized federalism to a decentralized cooperative model. This transition implies, in addition to defining the forms and mechanisms of cooperation, in a decentralization of competences and attributions of the federal, state and municipal spheres. The present article brings reflections on Brazilian federalism, crossing the gap between federalism and federation, structural elements of the federation, models of federalism and the reality of the Brazilian federation, the dichotomy between symmetrical and asymmetrical federalism and the reflexes in the Brazilian legal system, as well as the ways of creating federalism, in order to clarify the current situation of the Brazilian federal state.

Keywords: Federalism. Federation. Brazilian Federalism. South American Federalism. Decentralized Cooperative Federation.

1 PREMISSAS TÉORICAS: FEDERALISMO E FEDERAÇÃO

O federalismo se afigura como uma forma de Estado, baseada num modelo próprio de distribuir e exercer o poder no espaço de um determinado território,

*Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza e pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Pós-Doutor e Doutor em Direito pela Università del Salento. Doutor e Mestre em Direito pela UFBA. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da UFBA.. Advogado. Autor de diversas obras jurídicas pela Editora Saraiva. E-mail: ric.mauricio@ig.com.br

resultando da necessidade de preservar a diversidade de culturas e de tradições políticas dos Estados-Membros e demais entes locais.

Nesse contexto,o federalismo constitui um compromisso peculiar entre difusão e concentração do poder em função de algum modelo nacional compartilhado e de graus socialmente desejados de integração política e de equidade.

Como refere Elazar,[2] por serem estruturas não-centralizadas, os sistemas federais contemporâneos modulam formas peculiares de relações intergovernamentais, constitutivamente competitivas e cooperativas, bem como modalidades de interação baseadas na negociação entre esferas de governo. Assim, a existência de competências concorrentes e de competências comuns entre instâncias governamentais decorre tanto da natureza não-centralizada do federalismo, como da intervenção do governo central.

De outra parte, o caráter negociado das relações intergovernamentais levou os estudiosos a considerar que o federalismo é, ao mesmo tempo, uma estrutura estatal peculiar e um processo, que opera no duplo sentido de redefinição constante de competências e atribuições entre as esferas de governo nacional e subnacionais.

Embora sejam termos correlatos, o federalismo não se confunde com federação. Decerto, o federalismo, em uma primeira perspectiva, vincula-se aos valores e concepções do mundo que exprimem uma filosofia compreensiva da adversidade na unidade. Ao revés, a federação é entendida como forma de aplicação concreta do federalismo, objetivando incorporar as unidades autônomas ao exercício de um governo central, sob a égide jurídica de bases constitucionais.

Nesse sentido, o princípio federativo pode existir sem a estrutura federal e vice-versa, podendo ser apontados Estados que não adotam a estrutura federal, mas que apresentam evidentes práticas federativas, como, por exemplo, a Espanha e a Itália.

Para Almeida,[3] o federalismo objetiva garantir o exercício de uma democracia participativa, com a multiplicação de círculos de decisões políticas em que o cidadão fica mais próximo do poder, além de assegurar que se processe a convivência harmônica com as diferenças culturais, sociais e econômicas existentes entre os entes federativos. Nesta perspectiva, o federalismo é um meio para que o povo de um Estado possa viver em conjunto de forma harmônica, apesar das diferenças históricas e sociais existentes.

O modo de exercício do poder político em função do território origina o conceito de forma de Estado, que traduz como o poder político é exercido sobre os cidadãos em função ou diante de seu território. Assim, o Estado classifica-se quanto a sua forma de acordo como se verifica a concentração de poder e a forma que a estrutura estatal se fará exercitável.

Torna-se, assim, necessário examinar a classificação das formas de Estado, que vem evoluindo para contemplar as seguintes categorias: Estado Unitário; Estado Unitário Descentralizado; Estado Constitucionalmente Descentralizado e o Estado Federal.

O Estado Unitário se caracteriza pela centralização político-administrativa em único centro de poder produtor de decisões, enquanto o Estado Unitário Descentralizado é aquele que apresenta uma descentralização política.

2 ELAZAR, Daniel. *Exploring federalism*. Alabama: University of Alabama Press, 1987. p. 186.

3 ALMEIDA, Fernanda Dias Meneses de. *Competências da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 49.

A seu turno, o Estado Constitucionalmente Descentralizado ou Estado Regional é aquele em que a descentralização política está prevista na Constituição. As regiões não possuem poder constituinte próprio, sendo organizadas por lei nacional. Em face da acentuada autonomia que é conferida às regiões, esta forma de Estado muitas vezes é confundida com o Estado Federal. A Itália e a Espanha são exemplos de Estados que adotam a forma de Estado Constitucionalmente Descentralizado.

Por sua vez, o Estado Federal é concebido como a união de Estados, prevista na Constituição, em que se reconhecem a autonomia e a participação política. Esta forma de Estado pressupõe a consagração de certas normas constitucionais para a sua estruturação e manutenção de sua indissolubilidade.

Como salienta Antonio D`Atena,[4] do ponto de vista estrutural, os ordenamentos que são qualificados de base descentralizada, como o ordenamento federal, apresentam alguns elementos comuns, os quais se diferenciam dos ordenamentos do tipo unitário centralizado: a) a existência de níveis territoriais de governo em posição intermediária entre o Estado central e os entes menores de base; b) a circunstância de que estes níveis intermediários dispõem de competência garantida pela Constituição; c) o fato que tal competência compreenda também a legislação.

A Federação é a forma de Estado adotada pela República do Brasil (Constituição Federal, art. 1º)[5]. A atual Carta Magna de 1988 inovou o sistema federativo brasileiro, ao organizar uma modalidade de federalismo tridimensional, em que figuram a União, como ente soberano, e os Estados-Membros e Municípios, como entes autônomos. Todos os referidos entes federativos - União, Estados Membros e Municípios - apresentam a capacidade de autogoverno, auto-administração e auto-organização.

2 A ESTRUTURA PRINCIPIOLÓGICA DE UMA FEDERAÇÃO

A ciência jurídica tem reconhecido a existência de princípios constitutivos de uma federação como pilares de um Estado federal: a separação, a autonomia, a participação, a coordenação e a subsidiariedade.

De acordo com o princípio da separação, a Constituição deve ter normas precisas sobre a repartição de competências legislativas entre os níveis de governo. Em geral, a divisão de competência resulta de dois critérios: o da distinção entre as matérias de interesse nacional e local e das atividades de interesse *inter* e *intra* local.

Conforme o princípio da autonomia, cada nível de governo é autônomo no seu âmbito de competência. Em conseqüência, um nível de governo não pode exercer sobre o outro nenhum controle hierárquico ou direito de tutela.

Segundo o princípio da participação, os Estados-Membros devem estar representados e participar das decisões federais. Em geral, esta representação se faz pelo bicameralismo federal, em que a segunda casa legislativa representa todos os entes federados, de forma mais ou menos igualitária.

4 D´ATENA, Antonio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2006. p. 68.
5 BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em www.planalto.gov.br

A seu turno, o princípio da coordenação resulta da necessidade de coordenação entre as autoridades políticas para sejam aplicados simultaneamente os princípios da separação e da autonomia.

Tratando do tema, Croisat[6] vislumbra três formas de coordenação: a) a primeira delas é uma coordenação autoritária devida às imperativas prescrições impostas aos Estados-Membros pelo governo federal, cuja prática deve ser considerada como excepcional e provisória, exceto em caso de medidas de urgência como em caso de guerra; b) a segunda delas consiste na reforma constitucional que permite tanto a transferência de competência, como a adoção de competências comuns para as matérias que sofreram modificação no contexto histórico; c) a terceira e última forma de coordenação resulta da realização de acordos intergovernamentais para a aplicação de programas e financiamentos conjuntos.

É, contudo, o princípio da subsidiariedade que merece atenção especial, em face de sua destacada importância para o federalismo.

O princípio da subsidiariedade tem o escopo de limitar a intervenção do Estado, em respeito às liberdades dos indivíduos e dos grupos sociais que o integra. Seus fundamentos são a liberdade e a justiça. A subsidiariedade visa a concretizar a liberdade de iniciativa e de escolha. Para isso, determina a limitação da autoridade central às atividades de direção, controle e supervisão e confere às autoridades inferiores a realização do interesse público. O princípio da subsidiariedade remete também à justiça, que é realizada quando os indivíduos e grupos sociais menores exercem suas competências e poderes que lhes são naturalmente pertencentes, impedindo que sua liberdade de iniciativa seja sacrificada pela iniciativa pública.

Nesse sentido, Torres[7] afirma que o princípio da subsidiariedade apresenta três objetivos: fundamentar o papel subsidiário do Estado em relação à sociedade; indicar parâmetros de repartição de competência entre as autoridades públicas ou privadas de diversos níveis; e, por fim, o de nortear o âmbito de atuação estatal.

Segundo o princípio da subsidiariedade, o Estado deve desempenhar uma função subsidiária em relação aos particulares. Na sua função subsidiária, o Estado apresenta duas atribuições essenciais: criar as condições necessárias para possibilitar a atuação do particular e suprir as atividades dos particulares, quando estas se tornam insuficientes ou inadequadas. Sendo assim, o Estado não deve realizar as atividades que a iniciativa privada pode desenvolver sozinha com eficiência.

Com efeito, sustenta Baracho[8] que o princípio da subsidiariedade impede o intervencionismo estatal desenfreado, preservando o fenômeno do pluralismo, que conduz ao reconhecimento da necessidade de um processo de equilíbrio entre as múltiplas tensões na ordem social. O poder do Estado não deve estar assentado em base unitária e homogênea, mas no equilíbrio plural das forças que compõe a sociedade.

De outro lado, com o princípio da subsidiariedade, deve-se priorizar a norma de natureza regulamentadora em detrimento da norma de natureza de controle, pois aquela prima mais pela determinação dos limites da atividade econômica. A

6 CROISAT, Maurice. *El federalismo en las democracias comteporáneas*. Barcelona: Hacer, 1995. p. 138-143.

7 TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 37.

8 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade:* conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 27.

norma de natureza de controle existe no Estado intervencionista, que é aquele que conduz a atividade econômica. Já a norma de natureza regulamentadora provém de um Estado regulador, que, ao invés de intervir na economia, apenas a fiscaliza.

Ademais, o princípio da subsidiariedade se revela como um instrumento eficaz de promoção do regime democrático, pressupondo o exercício da cidadania ativa. Esta não se exerce apenas através de participação política, mas por meio de uma intensa participação na vida comum, visto que a iniciativa privada deve trabalhar em prol da coletividade, desempenhando tarefas de interesse geral.

O reconhecimento do princípio da subsidiariedade gera duas importantes conseqüências. A primeira delas é que o povo passa a se tornar parte da gestão da *res publica*, evitando que o Estado seja visto como um corpo estranho e, pois, apartado da sociedade. A outra importante conseqüência é que o povo também passa a ter maior responsabilidade sobre a realização e otimização do serviço público. A responsabilidade pela realização de tarefas públicas incrementa a participação, contribuindo concretamente para a formação da cidadania ativa.

Essas são as razões pelas quais, no plano jurídico-político, o princípio da subsidiariedade se traduz no princípio federativo, empregando-se quer como critério de repartição de competência entre as diversas esferas federativas, quer como regra para a solução de conflitos de atribuições que surjam entre elas, de modo a fortalecer sempre, afinal, o poder local, e manter a gestão administrativa o mais próximo possível do cidadão.

No Brasil, a prática do federalismo ainda não incorporou, em sua plenitude, os princípios da separação, autonomia, participação, coordenação e subsidiariedade, mantendo-se ainda longe da realidade dos entes federativos, ante a concentração de poderes verificada no âmbito do governo central.

3 MODELOS DE FEDERALISMO E O CASO DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

A doutrina sobre o federalismo não é especialmente precisa na utilização de termos que qualificam os seus vários gêneros, nem tampouco há tipologias consensuais que permitam classificá-los, mesmo quando há convergência quanto aos critérios de classificação empregados.

Para o presente trabalho, a tipologia da Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR),[9] cujo critério é a natureza das relações intergovernamentais, apresenta grande utilidade. Ela distingue três tipos de arranjos federativos. O primeiro, chamado federalismo dual, espelha o modelo americano originário, simultaneamente descritivo e prescritivo, no qual os poderes do governo geral e dos estados, ainda que existam e sejam exercidos nos mesmos limites territoriais, constituem soberanias distintas e separadas, que atuam de forma separada e independente, nas esferas que lhes são próprias.

Os dois outros modelos de federalismo resultam da transformação do arranjo dual, em face da tendência à expansão do âmbito do governo federal, isto é, de um processo mais ou menos acentuado de centralização. Assim, o federalismo

9 ADVISORY COMMISSION ON INTERGOVERNMENTAL RELATIONS (ACIR). *The condition of contemporary federalism:* conflicting theories and collapsing constraints. Washington: ACIR, 1821. p. 3.

centralizado implica a transformação dos governos estaduais e locais em agentes administrativos do governo federal. Este possui um forte envolvimento nos assuntos das unidades subnacionais, além de primazia decisória e de recursos. Já o federalismo cooperativo comporta graus diversos de intervenção do poder federal e se caracteriza por formas de ação conjunta entre instâncias de governo, nas quais as unidades subnacionais guardam significativa autonomia decisória e capacidade própria de financiamento.

No federalismo cooperativo, ocorre uma mudança dos poderes de decisão nos níveis de governo - federal e federado - em benefício de um mecanismo, mais ou menos complexo e formalizado, de acordo intergovernamental. Com base nisso, verifica-se uma tendência de redução das políticas que sejam conduzias por um só governo, havendo uma interdependência e coordenação das atividades governamentais, com base numa decisão voluntária de todos os entes da federação, sem fundamentar-se numa pressão hierárquica.

Com o federalismo cooperativo, vislumbra-se uma alteração no conceito de autonomia, que passa a se medir menos pelas disposições jurídicas e pela defesa das barreiras constitucionais e mais pela capacidade de influência, tanto no âmbito das negociações entre todos os entes da federação, como nos procedimentos que devem assegurar a igualdade entre os entes representados. Para um governo federado, a defesa da autonomia passa a depender de sua capacidade de negociação nos âmbitos que considera prioritários. Os atores mais influentes serão aqueles que possuírem a maior variedade de informação e que puderem se comunicar de forma mais objetiva.

No federalismo cooperativo, os entes federados perdem, assim, uma parte de sua autonomia originária. No entanto, esta autonomia perdida não é confiscada pelo governo federal, porque, na realidade, as matérias de competência exclusiva ou privativa de competência do ente federal também são afetadas.

Saliente-se que o federalismo cooperativo não elimina os conflitos de competência, as concorrências ou as duplicações de atividades entre os entes da federação, mas procura minimizar o alcance destes problemas através de acordos políticos negociados.

Essas tipologias de federalismo correspondem a padrões de relacionamento que tanto podem descrever o perfil predominante das relações entre instâncias de governo, em dado país e período, como podem conviver, lado a lado, com outras formas de interação, em diferentes campos de atuação governamental. Em ambos os casos, designam relações intergovernamentais em que a não-centralização, típica do ordenamento federativo, convive de forma complexa e freqüentemente conflitiva com a lógica da centralização-descentralização.

Nesses tipos de federalismo, a existência de competências comuns, própria do federalismo, convive e se entrechoca com o princípio da definição nítida de funções entre níveis de governo, característica própria dos Estados unitários. O que nestes constitui superposição irracional de funções, resultante da desordenada expansão da ação governamental, torna-se característica constitutiva dos arranjos federativos.

No que se refere ao Brasil, a Carta Magna de 1988 estabeleceu o marco legal do federalismo cooperativo, dando forma às aspirações de descentralização

e reforma social amplamente disseminadas na sociedade brasileira com o término da ditadura militar (1964-1985). O sistema federal foi redesenhado em favor dos Estados e Municípios, estes últimos reconhecidos como entes federativos com o mesmo status legal de autonomia dos demais níveis de governo.

A nova Constituição consagrou a tendência à redistribuição dos recursos fiscais em detrimento do governo federal, que já vinha se esboçando nos anos anteriores. No terreno das políticas sociais, a Constituição apontou para uma modalidade de federalismo cooperativo, caracterizado pela existência de funções compartilhadas entre as diferentes esferas de governo e pelo fim de padrões de autoridade e responsabilidade claramente delimitados. O sistema federativo, no plano abstrato, figurou também marcadamente descentralizado, em contraste com a legislação e as práticas do autoritarismo burocrático.

Outrossim, a Carta Magna de 1988 previu competências comuns para União, Estados e Municípios nas áreas de saúde, assistência social, educação, cultura, habitação e saneamento, meio ambiente, proteção do patrimônio histórico; combate à pobreza e integração social dos setores desfavorecidos, e educação para o trânsito. Legislação complementar deveria definir as formas de cooperação entre os três níveis de governo (Constituição Federal, art.23).

De outro lado, foram atribuídas competências legislativas concorrentes aos governos federal e estaduais em uma ampla gama de áreas: proteção ao meio ambiente e aos recursos naturais; conservação do patrimônio cultural, artístico e histórico; educação, cultural e esportes; juizado de pequenas causas; saúde e previdência social; assistência judiciária e defensoria pública; proteção à infância, à adolescência e aos portadores de deficiências; organização da polícia civil (Constituição federal, art. 24).

Ainda assim, a descentralização assumiu significados e conteúdos distintos, conforme o desenho de cada política específica, a distribuição prévia de competências e do controle sobre os recursos, entre os três níveis de governo. Descentralização podia significar transferência parcial ou total de responsabilidades do governo federal para os estados; do governo federal para o nível local, ou do governo estadual para o local. Podia significar, também, mudança de funções entre níveis de governo, ou de um nível do governo para outras organizações públicas ou privadas, por exemplo: do governo estadual para as escolas; ou do governo para organizações não-governamentais.

4 A DICOTOMIA FEDERALISMO SIMÉTRICO X FEDERALISMO ASSIMÉTRICO E SEUS REFLEXOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

As designações simetria e assimetria são empregadas para os relacionamentos dentro de um sistema federal.

No federalismo simétrico, afigura-se ideal que cada Estado-Membro mantenha o relacionamento com a autoridade central e que a divisão de poderes entre os governos central e estaduais seja a mesma. Ademais, é imperioso que a representação no governo central esteja na mesma base para cada ente federado e que, finalmente, as atividades do ente federal sejam igualmente distribuídas.

De outro lado, no federalismo assimétrico, verifica-se que a assimetria de cada unidade política separada do sistema apresenta uma única característica ou um conjunto de características que distingue seu relacionamento para o sistema como um todo, para com a autoridade federal e para com outro Estado.

Com efeito, Ramos[10] descreve quais os aspectos da simetria e da assimetria que devem ser considerados para a definição dessas modalidades de federalismo: a) a população, o território e a riqueza de cada ente federado afeta o seu poder, sua influência e a necessidade de atenção a lhe ser dada; b) o grau de autonomia e de poderes conferidos ou exercidos na prática por cada Estado-Membro; c) a representação nas instituições federais; d) a representação relativa e a influência de cada ente federado, onde há acordos ou processos para a conduta das relações intergovernamentais; e) o grau de uniformidade na aplicação de uma Declaração de Direitos; f) a existência de uniformidade ou variação no peso relativo ou no papel do Estado-Membro no processo de Emenda Constitucional; g) o grau de uniformidade imposto sobre os entes federados nos dispositivos relativos a suas próprias Constituições.

No Brasil, são várias as normas da Constituição da República brasileira que revelam a opção pela assimetria: art. 23, parágrafo único; art. 43, §1º, I, II, §2º, I, II, III, IV, §3º; art. 151, I e art. 155, I, b, §2º, VI, XII, g. Estas normas estabelecem uma cooperação entre os entes da federação e têm como objetivos: a diminuição de desigualdades; o desenvolvimento equilibrado; a criação de regiões e o estabelecimento de distribuição de receitas e outras formas de incentivos como os juros favorecidos, isenções, reduções e adiamento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas.

Ao examinar-se a questão sob o prisma crítico, constata-se que a Constituição da República de 1988 e as leis infraconstitucionais consagraram excessos e abusos no tratamento assimétrico de direito, em favor dos entes federativos situados no Norte-Nordeste, em detrimento daqueles situados na região Sul-Sudeste do País.

O excesso no tratamento assimétrico de direito leva ao acomodamento e à perda de responsabilidade do beneficiário dos recursos destinados ao desenvolvimento, pois, quando os recursos são concentrados e distribuídos, há sempre um grau de sujeição de quem os recebe. Por sua vez, o abuso no tratamento assimétrico de direito implica uma ampliação da boa situação financeira do ente federado que a possui, comprometendo a situação da outra entidade que está em dificuldade.

Deve-se, no entanto, buscar-se uma solução de equilíbrio entre os entes federativos do sistema jurídico brasileiro, o que pode ocorrer quando a União, os Estados-Membros e os Municípios mais ricos cooperarem com os entes federativos mais pobres, mas sem afetar as suas demandas sociais próprias.

5 O BINÔMIO FEDERALISMO CENTRÍPETO X FEDERALISMO CENTRÍFUGO E O CASO BRASILEIRO

A ciência jurídica costuma utilizar critérios de classificação para definir se uma federação pode ser considerada centrípeta ou centrífuga.

A primeira classificação considera a realidade interna de uma federação, ou seja, como se distribuem as competências e poderes entre União e Estados

10 RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998. p. 96-98.

Membros. Sendo assim, se uma federação concentra poderes e competências na União, ela é mais centralizada e, denominada de federação centrípeta. Se uma federação desconcentra competências e poderes da União, conferindo maior autonomia aos Estados Membros, ela é mais descentralizada e, denominada de federação centrífuga.

Por sua vez, a segunda classificação não leva em conta a realidade interna de cada federação, mas, isto sim, qual o movimento histórico que levou à formação do Estado federado. Com efeito, se uma federação se originou a partir de vários Estados Soberanos que abdicaram de suas soberanias para formar um Estado federado, essa federação é considerada centrípeta, como, por exemplo, no caso norte-americano. Se uma federação se originou de um Estado Unitário que se desmembrou, cedendo autonomia aos Estados-membros, essa federação é centrífuga, como na experiência brasileira.

A terceira classificação baseia-se no movimento atual existente numa federação. Em conformidade com esse posicionamento, a federação dos EUA é uma federação centrípeta, pois buscar centralizar poderes e competências na União, enquanto a federação brasileira é uma federação centrífuga, que procura descentralizar poderes e competências da União em favor dos Estados e Municípios.

Sendo assim, o federalismo norte-americano é um federalismo centrípeto, exatamente por ser descentralizado e ter por espoco a busca de um pouco mais de centralização. Essa descentralização decorre da história do federalismo norte -americano, que surgiu de Confederações que abriram mão de suas soberanias para se tornarem Estados federados. O movimento nessa federação é de busca de centralização em momentos frágeis, no intuito de fortalecer a União, haja vista a grande descentralização já existente em seus Estados-Membros.

Nessa acepção, o federalismo brasileiro é centrífugo, pois se verifica muita centralização de poder na União e se busca uma maior descentralização. Esta centralização deflui da tradição histórica do federalismo brasileiro, que surgiu de um Estado Unitário que conferiu autonomia aos Estados Membros para se tornar um Estado Federado. O movimento nessa federação aponta para a busca de descentralização, no intuito de fortalecer os Estados Membros e os Municípios, haja vista a grande centralização já existente no catálogo de competências da União.

Logo, as federações de formação histórica centrífuga possuem uma realidade de centralização de poder e fazem um movimento atual de busca de maior descentralização, como sucede no federalismo brasileiro.

6 NOTAS CONCLUSIVAS: A SITUAÇÃO ATUAL DO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO

O Brasil vivencia uma lenta mudança de uma forma de federalismo centralizado para um modelo cooperativo descentralizado. A passagem de um tipo de federalismo para outro implica não só na definição das formas e mecanismos da cooperação, mas também em descentralização de competências nas esferas federal, estadual e municipal.

O processo de transição para o federalismo cooperativo vem enfrentando muitos obstáculos.

O primeiro surge do choque de duas lógicas operantes nas últimas décadas: a lógica da situação de emergência econômica e a da descentralização propriamente dita. A primeira subordinava as iniciativas governamentais ao imperativo de administração da inflação e às exigências de austeridade fiscal. A consequência foi uma enorme instabilidade no valor e no fluxo de recursos efetivamente repassados para os governos subnacionais.

O segundo obstáculo à transição para o federalismo cooperativo consiste na dificuldade do próprio governo federal em definir mecanismos de cooperação que embutam incentivos eficazes à descentralização. Quando o governo central foi capaz de construir aqueles mecanismos, a descentralização aprofundou-se na cooperação entre níveis de governo estadual e municipal. Onde o centro não se afigurou capaz de produzir uma política consistente, o modelo cooperativo não se desenvolveu e a redefinição efetiva de funções ficou na dependência de iniciativas dos governos estaduais e, em certas áreas, dos governos locais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil optou pela substituição do federalismo centralizado, legado do autoritarismo, por um modelo cooperativo e descentralizado. Essa mudança desponta como um processo gradativo e negociado, pois implica, simultaneamente, construir as formas da cooperação entre unidades políticas, transferindo atribuições e responsabilidades para os governos subnacionais, de modo a permitir a adequação dos arranjos intergovernamentais às diferenças de capacidades financeiras, administrativas e técnicas entre os entes federativos brasileiros.

A experiência brasileira realizada até agora parece indicar que o andamento dessa dupla construção de mecanismos de cooperação e de descentralização de responsabilidades depende muito das iniciativas do governo federal e de sua capacidade de conferir instrumentos fiscais, gerenciais e políticos adequados aos governos subnacionais.

Neste sentido, as singularidades desse processo não resultam de falhas do modelo de federalismo cooperativo consagrado pela Constituição de 1988, mas, isto sim, das circunstâncias econômicas e das limitações políticas que dificultaram a definição de instrumentos de cooperação e de incentivos à descentralização na Federação brasileira.

O federalismo brasileiro permanece, contudo, desequilibrado, sendo comumente marcado por uma tensa negociação entre os entes federativos, o que dificulta a divisão de responsabilidades entre as esferas de governo nacional e subnacionais, resultando na crescente concentração de poderes no âmbito do governo central.

REFERÊNCIAS

ADVISORY COMMISSION ON INTERGOVERNMENTAL RELATIONS (ACIR). *The condition of contemporary federalism:* conflicting theories and collapsing constraints. Washington: ACIR, 1821.

ALMEIDA, Fernanda Dias Meneses de. *Competências da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ARRETCHE, Marta. *Estado federativo e políticas sociais:* determinantes da descentralização. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade:* conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CROISAT, Maurice. *El federalismo en las democracias comteporáneas*. Barcelona: Hacer, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986.

D´ATENA, Antonio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2006.

ELAZAR, Daniel. *Exploring federalism.* Alabama: University of Alabama Press, 1987.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *O poder constituinte do Estado-Membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

GRODZINS, Morton. *The american federalism*. Chicago: Rand McNally & Co, 1966.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WATTS, Ronald L. *Comparing federal systems*. Montreal: McGill-Queens University Press, 1999.

SUFRÁGIO E VOTO NO BRASIL: DIREITO OU OBRIGAÇÃO?

SUFFRAGE AND VOTE IN BRAZIL: RIGHT OR OBLIGATION?

Janiere Portela Leite Paes [1]

RESUMO

O princípio democrático consagrado pela Constituição da República assegura que o poder emana do povo que o exerce diretamente ou por meio dos representantes eleitos para que em seu nome atuem com o objetivo de promover o bem estar social. Entre as formas de exercício da soberania, o sufrágio materializado pelo voto destaca-se como instrumento fundamental do regime democrático representativo. O presente estudo de revisão de literatura tem por escopo analisar as principais correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica do sufrágio e do voto no Brasil, como também apresentar as consequências decorrentes da obrigatoriedade do voto na vida prática dos cidadãos brasileiros. Nesse sentido, a doutrina aponta que a aplicação dos princípios da isonomia e da liberdade ao exercício da cidadania fortalecerá a democracia, uma vez que o resultado das eleições expressará a vontade consciente do eleitor.

Palavras-Chave: Cidadania; Democracia; Isonomia; Liberdade; Soberania.

ABSTRACT

The democratic principle consecrated in the Constitution of the Republic ensures that the power emanates from the people who exercise it directly or through of the elected representatives to act in his name on their behalf with the objective of promoting social welfare. Between the forms of exercise of Sovereignty, the suffrage materialized by the vote stands out as a fundamental instrument of the democratic regime. The present study of this literature review has as scope to analyze the main doctrinal currents about the legal nature of the suffrage and vote in Brazil, as also as to present the consequences of mandatory vote in the practical life of brazilian citizens. In this sense, the doctrine points out that the application of the principles of isonomy and freedom to the exercise of citizenship will strengthen democracy, once the result of the elections will express the voter's conscious will.

Keywords: Citizenship; Democracy; Isonomia; Freedom; Sovereignty.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal vigente em nosso país adota o regime democrático representativo, por meio do qual o povo elege seus representantes entregando-lhes, por intermédio de um mandato, os poderes para que em seu nome atuem. O

1 Bacharela em Direito. Pós-graduada em Direito Constitucional. Acadêmica do curso de Licenciatura em Letras pela UNOPAR. Pós-graduada em Revisão de Textos. Pós graduanda em Direito Penal e Processo Penal. Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

processo eleitoral, o sistema eleitoral e os direitos políticos dos cidadãos brasileiros sofreram inúmeras transformações nos últimos tempos.

Os antecedentes históricos pátrios demonstram o longo e árduo caminho percorrido pelos instrumentos democráticos, a exemplo do voto, até chegarem ao atual estágio de efetividade normativa e axiológica. Contudo, faz-se necessário que o exercício da soberania popular continue em constante adaptação a fim de acompanhar as necessidades e anseios da sociedade.

A doutrina denomina como sufrágio o poder que se reconhece a determinado número de pessoas (cidadãos) para participar direta ou indiretamente na soberania de um país. Já o voto emerge como verdadeiro instrumento de legitimação para delegação do poder emanado pelo povo aos seus representantes, tendo em vista tratar-se de ato fundamental para concretização efetiva do princípio democrático consagrado pela Magna Carta.

Sendo assim, propõe-se como objetivo do texto analisar a natureza jurídica do sufrágio e do voto, em âmbito nacional, com a finalidade de verificar se estão inseridos no campo dos direitos, funções ou obrigações, como também de estabelecer as principais distinções entre os mencionados institutos. Nesse sentido, serão apresentadas duas correntes doutrinárias: uma defende o voto e o sufrágio como função; a outra os acolhe como direitos.

Por conseguinte, apresentar-se-ão as possíveis formas de sufrágio, quais sejam: restrito e universal, de acordo com as restrições impostas pelo Estado como requisito para participação do povo no processo de escolha dos seus representantes.

Diante das formas de exercício da soberania popular e das classificações apresentadas acerca da natureza jurídica do sufrágio e do voto, propõe-se como objetivos específicos verificar as principais implicações e sanções para a vida do cidadão decorrentes do não exercício do voto, como também a possibilidade de aplicação dos princípios da liberdade e isonomia ao exercício espontâneo da cidadania.

Por fim, registre-se que o trabalho se fundamenta na pesquisa bibliográfica, numa abordagem qualitativa, utilizando-se da revisão de literatura por meio de consultas a suportes físicos e digitais especializados.

2 DEMOCRACIA E REGIMES DEMOCRÁTICOS

Remonta-se à Grécia antiga a semente embrionária da Democracia, em que era concedido aos cidadãos o poder para participar ativamente da vida política. Nesse sentido, Bonavides[2] aduz que "A Grécia foi o berço da democracia direta, mormente Atenas, onde o povo, reunido no Ágora, para o exercício direto e imediato do poder político, transformava a praça pública no grande recinto da nação".

Todavia, naquela época, boa parte da população grega era composta por escravos, estrangeiros e mulheres, os quais eram excluídos da vida política, o que reduzia bastante o número de participantes efetivos na democracia grega.

Ao longo dos tempos, vários conceitos de democracia foram apresentados, contudo, a definição de um conceito para este vocábulo não se apresenta como

2 BONAVIDES, P. Ciência Política, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 288.

tarefa das mais fáceis, segundo Pontes de Miranda[3] "Democracia é forma, processo, método [...]". Ainda na definição do autor[4]: "Democracia é a participação do povo na ordem estatal: na escolha dos chefes, na escolha dos legisladores, na escolha direta ou indireta dos outros encarregados do poder público".

No mesmo sentido, define Azambuja[5] "poder do povo" e Bonavides[6] "ela deve ser o governo do povo, para o povo". Todavia, verifica-se que o conceito de democracia não é imutável, pelo contrário, está em constante transformação, nesse sentido Pinto Ferreira aduz[7]:

> A democracia não é uma doutrina imobilizada, petrificada em um dogma eterno, nem tampouco uma forma histórica imutável, porém um sistema de ideias e uma instituição que se retificam constantemente com o progresso ético e científico da humanidade.

Segundo Bobbio para uma definição mínima de democracia são necessárias três condições: a atribuição do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões a um elevado número de cidadãos; a existência de regras de procedimento, e como terceira condição "é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc" [8]

Rawls[9] apresenta como características para uma concepção política de justiça de natureza liberal: a especificação de determinados direitos, liberdades e oportunidades fundamentais, familiar aos regimes democráticos constitucionais; a atribuição de uma prioridade especial a esses direitos, liberdades e oportunidades, e a proposição de medidas que proporcione aos cidadãos os meios que lhes permitam fazer uso efetivo de suas liberdades.

Portanto, embora seja um conceito em constante evolução, pode-se definir democracia como o regime cujo poder para governar pertence eminentemente ao povo, que o poderá exercer direta ou indiretamente, segundo regras constitucionais previamente estabelecidas, com a finalidade de atender aos anseios da sociedade, promovendo o bem estar coletivo e, sobretudo, garantindo-se o exercício dos direitos de liberdade e igualdade.

2.1 ESPÉCIES DE REGIMES DEMOCRÁTICOS

Ao longo dos tempos o modelo de democracia direta praticado na Grécia antiga tornou-se de difícil execução em decorrência do elevado crescimento da população nos Estados modernos, sobretudo a partir do século XVIII, em que a solução encontrada se refere à criação de uma nova forma de exercício do poder de governar, qual seja o modelo indireto ou representativo[10].

3 MIRANDA, P. de. Democracia, liberdade, igualdade – Os três caminhos. Campinas: Bookseller, 2002, p.50.
4 MIRANDA, P. de. Op.cit, p.191.
5 AZAMBUJA, D. Teoria Geral do Estado. 44ª Ed. São Paulo: Globo Edição, 2003, p. 216.
6 BONAVIDES, P. op.cit, p. 286.
7 PINTO FERREIRA, Luiz apud MENDONÇA, V. de S. Voto livre e espontâneo – exercício de cidadania política consciente. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 54.
8 BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. 13. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 38.
9 RAWLS, John, O liberalismo político. Ed. Ampl., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
10 MENDONÇA, V. de S. Voto livre e espontâneo – exercício de cidadania política consciente. Florianópolis: OAB/SC Editora,

Segundo Dallari[11], ante a impossibilidade prática de utilização dos processos da democracia direta tornou-se inevitável recorrer à democracia representativa, cujo objetivo é intensificar o caráter democrático das decisões e ações das autoridades públicas.

Desta forma, percebe-se que nos últimos tempos a democracia representativa está sendo cada vez mais adotada pelos Estados modernos como solução legítima ao exercício da soberania popular, cujo poder de escolha dos representantes pertence aos cidadãos por meio do sufrágio concretizado pelo voto.

Assim, os representantes eleitos pelo povo deverão cumprir o mandato por determinado lapso temporal, atuando em defesa dos interesses da coletividade, dentro dos limites da circunscrição eleitoral, exercendo o mandato com independência e a autonomia necessária ao bom desempenho das atribuições compreendidas na esfera de competências do cargo para os quais foram eleitos.

2.2 O REGIME DEMOCRÁTICO ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A Constituição cidadã adota a democracia representativa como forma de exercício da soberania popular, ao assentar que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição" (art. 1º, parágrafo único, CF).

A expressão "por meio de representantes eleitos" consagra como representativo nosso regime democrático, ou seja, o poder continua pertencendo ao povo, no entanto, ante as dificuldades de exercê-lo diretamente, elegem-se candidatos do próprio povo para que os representem perante o Estado.

Além disso, a expressão "ou diretamente, nos termos desta Constituição" refere-se aos instrumentos de participação direta no exercício da soberania: plebiscito, referendo e as formas de iniciativa popular dispostas na Constituição Federal que serão devidamente apresentadas no decorrer do presente texto.

Roberto Moreira de Almeida[12] denomina a Democracia brasileira como semidireta ou mista, em vista da previsão constitucional de participação popular direta na soberania do Estado.

Embora se admita a existência de instrumentos de participação direta no exercício da soberania, a Carta Maior adotou o regime democrático representativo, em regra, como forma de exercício da soberania, segundo Bonavides[13] seria a "única solução possível" para o exercício do poder no Estado moderno.

Para Azambuja[14], dentre os três principais meios de escolha de governantes: a eleição, a hereditariedade e a força, o primeiro é o que melhor se coaduna com os interesses da sociedade, segundo o referido autor "Dos três processos, pois, a eleição, o sufrágio é o mais aceitável, pois é o que apresenta menos inconvenientes; sem ser perfeito, é o mais conforme aos interesses da sociedade".

2004.

11 DALLARI, D. de A. Elementos de Teoria Geral do Estado. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, P.157.

12 ALMEIDA, R. M. de. Curso de Direito Eleitoral. 6 ed, Salvador: Juspodivm, 2012.

13 BONAVIDES, P. op.cit, p. 353.

14 AZAMBUJA, D. op.cit, p. 336.

Percebe-se atualmente no cenário político nacional uma crise de legitimidade à representatividade[15], em que a população tem manifestado constantemente insatisfação perante atitudes reprováveis provenientes daqueles que foram eleitos para representar a coletividade. Nesse diapasão, observa-se que a insatisfação da sociedade demonstra a necessidade de aperfeiçoamento da democracia nacional, por meio da introdução de novos instrumentos que permitam maior participação popular nas decisões do Estado, conforme será tratado posteriormente.

3 ESTADO DEMOCRÁTICO E O EXERCÍCIO DA SOBERANIA

Segundo Bobbio[16], o Estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas jurídico do Estado Democrático, todavia existe uma interdependência entre os dois, de maneira que são necessárias certas liberdades para o exercício do poder democrático, assim como é necessário o poder democrático para garantir a existência e persistência das liberdades fundamentais.

Considerando que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, cuja soberania é exercida direta ou indiretamente pelo povo, a presente seção propõe-se a analisar os instrumentos de exercício da soberania, como também apresentar suas principais características e distinções.

Segundo o Vocabulário Jurídico[17], a palavra soberania provém do latim *superanus* que pode ser definido como o *poder sobre todos*. Já a soberania popular está esculpida na forma de exercício do poder do Estado, ou seja, o poder emana originariamente do povo que o exercerá direta ou indiretamente. Sob o aspecto interno, a soberania define-se, pois como um dos elementos de constituição do Estado, que se impõe perante as demais instituições estatais nos limites do seu território.

A Carta Magna dispõe expressamente, em seu art. 14, que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito, referendo e iniciativa popular. Estão elencadas assim as formas diretas de exercício da soberania: plebiscito, referendo e iniciativa popular; e indiretas: sufrágio e voto, denominada como democracia participativa ou semidireta.

Segundo Almeida[18], plebiscito é uma consulta prévia direcionada ao cidadão que deverá decidir de maneira objetiva sobre determinado assunto político ou institucional, nos termos da Lei 9.709/98, e será convocado mediante decreto legislativo.

Quanto ao referendo, também consiste em consulta popular, contudo, ocorre posteriormente à edição do ato legislativo ou administrativo, cabendo aos cidadãos a respectiva ratificação ou rejeição do mesmo, consoante dispõe o art. 2º do diploma legal mencionado anteriormente.

Relativamente ao instituto da iniciativa popular transcreve-se abaixo a lição de Dallari[19]:

15 KIERECZ, Marlon Silvestre. A crise da democracia representativa no brasil. PPG Direito, UFRGS. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/61967/39965>. Acesso em 11 mai 2019.
16 BOBBIO, Norberto. op.cit, p. 38.
17 SILVA, De P. e. Vocabulário Jurídico. 27. Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.1308.
18 ALMEIDA, R. M. Op.cit., p. 83.
19 DALLARI, D. de A. Op. cit., p.155.

> A iniciativa confere a um certo número de eleitores o direito de propor uma emenda constitucional ou um projeto de lei. [...] A Constituição brasileira de 1988 adotou a iniciativa popular, mas apenas para projetos de lei ordinária ou complementar e sem a possibilidade de qualquer recurso se o Legislativo rejeitar o projeto.

Nesse contexto, a Constituição da República apresenta as seguintes formas de iniciativa popular: a) *ação popular* (art. 5.º, LXXIII), ferramenta que legitima o cidadão à propositura de ação que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural; b) *exame das contas municipais* (art. 31, §3.º), consiste na possibilidade de qualquer contribuinte fiscalizar as contas do município; c) *iniciativa popular para apresentar projeto de lei* (art. 61, §2º), forma de participação no processo legislativo e d) *apresentação de denuncias ao TCU* (art. 74, §2.º), instrumento pelo qual qualquer cidadão pode denunciar irregularidades aos Tribunais de Contas da União, Estados, Distrito Federal ou Conselho de Contas dos municípios.

Além dos instrumentos de participação popular mencionados, poderiam ser incluídos no Brasil, a exemplo de outras constituições latino-americanas (Bolívia, Equador, Colômbia, Venezuela), mecanismos como a redução do número de eleitores exigido para iniciativa popular de projeto de lei; possibilidade de iniciativa popular de emendas constitucionais; eleição dos membros do Supremo Tribunal Federal para exercício do mandato em um tempo determinado; convocações com maior frequência de plebiscitos e referendos. Destaca-se, ainda, o *recall* - revogação do mandato político - como instrumento presente em todas as Constituições que compõem a nova constitucionalidade latino-americana, conforme prelecionam Oliveira e Streck [20].

Após a promulgação da Carta Magna, passamos pela experiência de plebiscito em nosso país com a finalidade de escolher entre a forma (república ou monarquia) e o sistema de governo (parlamentarista ou presidencialista), conforme art. 2º do ADCT. Com data inicialmente prevista para 07 de setembro de 1993, a consulta foi antecipada para 21 de abril de 1993 (EC n. 2/92). Quanto ao resultado, decidiu-se pela manutenção da república e do sistema presidencialista de governo. Houve também um plebiscito realizado em 2011, no Estado do Pará, com a finalidade de discutir a possibilidade de divisão do referido Estado.

Em 23 de outubro de 2005, foi realizado em âmbito nacional, o referendo com o objetivo de ratificar ou não a proibição à comercialização de armas de fogo e munição no país, determinada pela Lei n. 10.826/2003 - Estatuto do Desarmamento. Os cidadãos deveriam responder à seguinte questão: "O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?". Segundo dados do TSE[21]: a resposta 'NÃO' recebeu 59.109.265 votos (63,94%), ou seja, a comercialização de armas de fogo e munição não foi proibida no Brasil.

Registre-se, ainda, que o resultado obtido pelo referendo possui efeito vinculante, ou seja, a decisão popular deve ser imediatamente cumprida pelo Congresso Nacional.

20 OLIVEIRA, F. C. S. de; STRECK, L. L. Um direito constitucional comum latino americano: por uma teoria do novo constitucionalismo. *in* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 121-151.

21 BRASIL, TSE. Disponível em http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/referendo. Acesso em 11 mai 2019.

3.1 SUFRÁGIO: CONCEITO E FORMAS DE EXERCÍCIO

Bonavides[22] denomina sufrágio como o poder que se reconhece a determinado número de pessoas (cidadãos) para participar direta ou indiretamente na soberania de um país. Outrossim, com o objetivo de definir o conceito de sufrágio, segue abaixo a lição do constitucionalista português Canotilho[23]:

> O Sufrágio é um instrumento fundamental de realização do princípio democrático. Através dele, legitima-se democraticamente a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, estabelece-se a organização legitimante de distribuição dos poderes, procede-se à criação do pessoal político e marca-se o ritmo da vida política de um país. Daí a importância do direito de voto como direito estruturante do próprio princípio democrático e a relevância do procedimento eleitoral justo para a garantia da autenticidade do sufrágio.

Destaca-se, portanto, a importância do direito ao voto como instrumento fundamental do regime democrático que visa a legitimar o sistema representativo. Dessa forma, o processo eleitoral deve ocorrer de maneira justa e transparente a fim de garantir a autenticidade do sufrágio.

Segundo Silva[24], o sufrágio é um direito que decorre diretamente do princípio de que todo poder emana do povo, constituindo instituição fundamental da democracia representativa. Nesse sentido, o voto emerge como verdadeiro instrumento de legitimação para delegação do poder emanado pelo povo aos seus representantes, tendo em vista que o voto é ato fundamental para concretização efetiva do princípio democrático consagrado pela Magna Carta[25].

Ademais, verificam-se as formas possíveis de sufrágio: restrito e universal, de acordo com as restrições impostas pelo Estado como requisito para participação do povo no processo de escolha dos seus representantes.

Em nosso país, a Constituição da República, em seu art. 14, assegura aos cidadãos brasileiros o sufrágio universal, com o objetivo de garantir a máxima participação do povo nos atos de cidadania, que compreende o direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e de ser votado (capacidade eleitoral passiva).

3.2 RESTRIÇÕES AO SUFRÁGIO

Nas palavras de Bonavides[26] não há sufrágio completamente universal, tendo em vista que em todas as suas formas de apresentação comportam-se restrições, em maior ou menor grau.

O sufrágio universal pode ser definido como aquele em que a possibilidade de participação do eleitorado não fica restrita às condições econômicas, acadêmicas, profissionais ou étnicas. Todavia, diz-se que o sufrágio é restrito quando o poder de participação fica adstrito unicamente ao preenchimento de determinados requisitos.

22 BONAVIDES, P. op.cit, p. 245.
23 CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. Lisboa: Edições Almedina: 2003, p. 301.
24 SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.349.
25 PAES, J. P. L. O Sufrágio e o voto no Brasil: direito ou obrigação?. Revista da Escola Judiciária Eleitoral. [on line]. Tribunal Superior Eleitoral. Edição nº 3, ano 3. Brasília, DF. 2013.
26 BONAVIDES, P. op.cit, p. 250.

Conquanto o sufrágio universal esteja alçado à categoria de cláusula pétrea, admitem-se restrições ao seu exercício, uma vez que se faz necessário o preenchimento de alguns requisitos objetivos para o alistamento eleitoral, a exemplo da nacionalidade e idade mínima.

Em relação à restrição etária ao sufrágio, a Constituição de 1891 estipulou a idade mínima de vinte e um anos para ser eleitor; a Constituição de 1824 foi ainda mais rígida definindo a idade mínima em vinte e cinco anos para o alistamento eleitoral; as Constituições posteriores estipularam a idade mínima em dezoito anos, exceto a Constituição de 1988 que estipulou a idade mínima em dezesseis anos para inscrever-se como eleitor, sendo facultativo o voto até os dezoito anos de idade.

Restringe-se, também, o sufrágio por motivo de engajamento no serviço militar aos chamados "conscritos", que ficam impedidos de alistarem-se eleitores e votarem durante o período em que estiverem prestando serviço militar obrigatório. Nesse sentido, dispõe a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

> Alistamento eleitoral. Impossibilidade de ser efetuado por aqueles que prestam o serviço militar obrigatório. Manutenção do impedimento ao exercício do voto pelos conscritos anteriormente alistados perante a Justiça Eleitoral, durante o período da conscrição (TSE - Processo Administrativo nº 16.337/GO, Res. nº 20.165, de 7.4.98, rel. Min. Nilson Naves).

Persistem até os dias atuais duas formas de restrição ao sufrágio, quais sejam: a suspensão e a perda dos direitos políticos. A suspensão poderá ser proveniente de condenação criminal, procedimento de interdição por incapacidade civil absoluta ou sanção por improbidade administrativa; já a perda dos direitos políticos poderá ocorrer em razão de cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, aquisição de nova naturalização em que não haja reciprocidade ou por recusa em cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 15 da Carta Maior.

Em outros tempos, existiam diversos motivos que ensejavam restrições ao sufrágio, denominando-se como sufrágio censitário ou pecuniário quando o Estado estabelecia a exigência do pagamento de determinados tributos, como também a propriedade de terras como requisito obrigatório para a participação no processo eleitoral, a exemplo do disposto na Constituição de 1824, que exigia renda líquida mínima de cem mil reis em bens de raiz, indústria, comércio ou emprego, como requisito para ser eleitor.

As Constituições de 1891 e 1824 restringiam, ainda, o sufrágio aos 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.

De igual forma, o sufrágio capacitário apresentava como critério de limitação o grau de instrução de seu titular, a fim de afastar as pessoas com menos instrução acadêmica do cenário político. No Brasil, até a promulgação da Constituição da República em 1988 vedava-se o voto aos analfabetos, o que sem dúvida configurava típico sufrágio capacitário, tendo em vista o elevado quantitativo de analfabetos em nosso país no século passado. Contudo, embora não existam restrições ao

alistamento ou direito de votar, ao analfabeto restringe-se o direito de ser votado (art. 14, §4º da Constituição Federal).

No Brasil, ocorreu, também, restrição ao sufrágio em razão do gênero, pois as mulheres só conquistaram o direito de votar a partir de 1932, através do Decreto 21.076. Porém, inicialmente só as mulheres casadas, com autorização do marido, viúvas, e solteiras com renda própria podiam votar. Todavia, tal restrição somente permaneceu em nosso ordenamento jurídico até a Constituição de 1934.

3.3 VOTO: CONCEITO E DISTINÇÕES

Consoante dispõe o Vocabulário jurídico do De Plácido e Silva[27], a palavra voto provém do latim *votum,* de *votare* e significa eleger ou escolher pelo voto. Em amplo conceito pode significar, ainda, a manifestação de vontade.

Em sentido jurídico, voto pode ser definido como a materialização do sufrágio, ou seja, a concretização do exercício da soberania direta ou indiretamente através do poder de escolha de representantes, para que estes exerçam em seu nome os atos necessários ao bom desempenho das atribuições dos cargos para os quais foram eleitos, com a finalidade de proporcionar o bem estar social.

Nesse sentido, preleciona Mendonça[28] que "o voto é um instrumento pelo qual o cidadão exerce o direito político, manifestando solenemente a sua opção, fazendo valer a sua vontade soberana".

Com efeito, embora os vocábulos sufrágio e voto pareçam expressões sinônimas, na verdade possuem significações distintas. Segundo Silva[29] "o voto é, pois, distinto do sufrágio, repita-se. Este é o direito político fundamental nas democracias políticas. Aquele emana desse direito. É sua manifestação no plano prático, constitui seu exercício".

O mesmo autor ainda acrescenta "As palavras sufrágio e voto são empregadas comumente como sinônimas. A Constituição, no entanto, dá-lhes sentidos diferentes, especialmente no seu art. 14, por onde se vê que o sufrágio é universal e o voto é direto, secreto e tem valor igual[30]".

Quanto à atribuição de valor que cada voto representa esta deve nortear-se pelo princípio da igualdade, ou seja, o voto deve ter o mesmo valor para todos os eleitores. Nesse sentido aduz Canotilho: "O Princípio da igualdade de voto exige que todos os votos tenham uma eficácia jurídica igual, ou seja, o mesmo peso. O voto deve ter o mesmo valor de resultado, consideração igual para a distribuição de mandatos" [31].

De igual forma, Silva[32] assevera que "o Direito Constitucional brasileiro respeita o princípio da igualdade do direito de voto, adotando-se a regra de que cada homem vale um voto", ou seja, cada eleitor tem direito a um voto por eleição e para cada tipo de mandato.

Porém, os antecedentes históricos demonstram que até mesmo países democráticos, a exemplo da Inglaterra, utilizavam o sistema de voto de qualidade

27 SILVA, De P. e. op.cit., p.1496.

28 MENDONÇA, V. de S. op.cit., p.105.

29 SILVA, J. A. da. op.cit., p.356.

30 SILVA, J. A. Idem, p.349.

31 CANOTILHO, J. J. G. Op.cit., p. 305.

32 SILVA, J. A. da. op.cit., p.356.

de valor múltiplo, onde era atribuído maior ou menor valor ao voto de acordo com as condições econômicas e sociais dos eleitores.

Por outro lado, o voto deve ser periódico, ou seja, ocorrerão pleitos eleitorais a cada intervalo determinado constitucionalmente para o preenchimento dos cargos públicos eletivos dos Poderes Legislativo e Executivo. Ademais, no regime democrático a periodicidade do voto é tão relevante que se encontra inserida no rol do artigo 60 da Constituição da República.

O voto direto caracteriza-se como ato personalíssimo cujo exercício deverá ocorrer pessoal e individualmente (salvo excepcionalmente quando imprescindível o acompanhamento ao eleitor em decorrência de necessidades especiais) no momento em que o eleitor se dirige à respectiva seção e digita na urna eletrônica a concretização de sua manifestação de consciência.

Ademais, o voto é secreto em cumprimento ao princípio da inviolabilidade do voto a fim de que seja plenamente assegurada a liberdade de escolha do eleitor sem quaisquer interferências físicas ou psicológicas.

Por fim, registre-se que o voto é obrigatório para os alfabetizados na faixa etária entre dezoito e setenta anos e facultativo para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, analfabetos e maiores de setenta anos, conforme veremos em seguida.

4 SUFRÁGIO E VOTO NO BRASIL: DIREITO OU OBRIGAÇÃO?

Considerando as informações apresentadas acerca dos instrumentos e formas de exercício da soberania popular em nosso país, a presente seção tem por escopo proporcionar uma releitura das principais correntes doutrinárias dedicadas ao estudo da natureza jurídica do sufrágio e do voto, a fim de analisá-los enquanto direitos, funções ou obrigações, sob o prisma do princípio democrático.

Desta feita, verificar-se-á a importância prática dessas considerações para a vida política e social dos cidadãos brasileiros, como também as consequências jurídicas decorrentes da intervenção do Estado no *status libertatis* dos cidadãos no momento em que impõe o exercício do voto como obrigação jurídica determinando sanções ao não cumprimento.

Na sequência serão apresentados os princípios da isonomia e da liberdade aplicados ao exercício da soberania popular a fim de subsidiar a discussão acerca da (i)legitimidade da imposição legal do voto obrigatório no Estado Democrático de Direito, à luz do entendimento da melhor doutrina.

4.1 NATUREZA JURÍDICA DO SUFRÁGIO E DO VOTO

A tarefa de definir a natureza jurídica do sufrágio e do voto tem suscitado bastante polêmica, em vista da existência de divergência de entendimento instaurada pelas correntes doutrinárias. Segundo Azambuja[33], duas são as principais correntes que se dedicaram ao estudo da natureza jurídica do sufrágio: a corrente contratualista, considera o sufrágio como um direito individual, imprescritível e inalienável; a corrente da soberania nacional encara o sufrágio como uma função social e não um direito individual.

33 AZAMBUJA, D. op.cit, p. 336.

No mesmo sentido, Bonavides[34] assinala também a existência de duas principais correntes que se dedicam à definição da natureza jurídica do sufrágio. Para a corrente republicana que acolhe a doutrina da soberania nacional, sustentada por Antoine Barnave e Sieyès, durante a Revolução Francesa, o sufrágio era visto como uma função em que o eleitor era tão somente instrumento ou órgão de que se serve a nação para criar o corpo representativo, acolhendo com mais facilidade restrições ao sufrágio e o princípio da obrigatoriedade do voto.

De outra banda, a corrente contratualista representada por Rousseau e Robespierre, adota a doutrina da soberania popular e define o sufrágio como direito, pois resulta da concepção de que, sendo o povo soberano, cada indivíduo, como membro da coletividade política, é titular de parte ou fração da soberania.

Com o objetivo de definir a natureza jurídica do sufrágio, observe-se a seguinte lição de José Afonso da Silva[35]:

> O sufrágio é um *direito público subjetivo democrático*, que cabe ao povo nos limites técnicos do princípio da universalidade e da igualdade de voto e de elegibilidade. É direito que se fundamenta, como já referimos, no princípio da soberania popular e no exercício por meio de representantes.

No mesmo sentido, preleciona Dallari: "E como o direito de sufrágio, que cabe ao indivíduo, se exerce na esfera pública para a consecução de fins públicos, tem-se que ele configura um *direito público subjetivo*" [36] (grifo nosso).

Na mesma linha, encontra-se o entendimento do doutrinador Almeida: "Em termos jurídicos, sufrágio consiste no *direito público e subjetivo* assegurado ao cidadão para eleger e ser eleito" [37] (grifo nosso).

Observando as palavras dos doutrinadores supramencionados, verifica-se como pacífico o entendimento que considera o sufrágio como um direito público subjetivo. Dessa forma, cabe tratar ainda acerca da natureza jurídica do voto.

Ainda relativamente à natureza jurídica do voto, registrem-se as palavras de Silva[38]:

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

Portanto, da mesma forma que é pacífico o entendimento de que o sufrágio é um direito público subjetivo, consequentemente sua materialização através do voto também é considerada um direito público subjetivo.

34 BONAVIDES, P. op.cit, p. 245.
35 SILVA, J. A. da. op.cit., p.355.
36 DALLARI, D. de A. Op. Cit., p.184.
37 ALMEIDA, R. M. op.cit., p. 84.
38 SILVA, J. A. da. op.cit., p.357.

4.2 SUFRÁGIO E VOTO: DEVER CÍVICO OU OBRIGATORIEDADE JURÍDICA?

Partindo da premissa de que o sufrágio e sua materialização através do voto são considerados direitos públicos subjetivos, faz-se mister analisar a adequação desta classificação à obrigatoriedade do voto imposta aos alfabetizados maiores de dezoito e menores de setenta anos pelo legislador constituinte no §1º do art. 14 da Carta Maior, mediante os fundamentos basilares do nosso Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, se faz necessário um recorte na expressão "direito público subjetivo" a fim de assentar o seu significado jurídico. Para tanto, registrem-se as palavras de Vicente Ráo: "direito subjetivo é a faculdade concedida aos indivíduos de agir de conformidade com a norma garantidora de seus fins e interesses" [39].

Sendo direito subjetivo definido como uma faculdade concedida aos indivíduos para agirem de acordo com seus interesses, surge, então, o seguinte questionamento: seria legítimo ao Estado conceder um direito público subjetivo e ao mesmo tempo impor ao seu exercício uma obrigatoriedade jurídica?

Em resposta ao presente questionamento, vale registrar as palavras de José Afonso da Silva[40]:

> Daí se conclui que o voto é um direito público subjetivo, uma função social [...] e um dever, ao mesmo tempo. *Esse dever sócio-político do voto independe de sua obrigatoriedade jurídica. Ocorre também onde o voto seja facultativo*. Mas, como simples dever social e político, seu descumprimento não gera sanção jurídica, evidentemente (grifos nossos).

Por outro lado, conforme lição de Barreiros Neto[41], os defensores do voto obrigatório entendem que diante do atual estágio da democracia brasileira não há maturidade democrática suficiente para a instituição do voto facultativo. Para outros defensores da obrigatoriedade, independentemente do grau de maturidade do eleitorado a obrigatoriedade do voto se justifica em razão do caráter de função pública que não deve ser negligenciada, por se tratar de dever fundamental inerente à cidadania.

Todavia, ainda que o sufrágio concretizado pelo voto seja considerado um dever, trata-se de um dever sócio-político, ou seja, um dever cívico, que independe de obrigatoriedade jurídica, sendo plenamente possível a conscientização da população quanto à sua importância, mesmo que este seja facultativo. Nesse passo, Bonavides[42] destaca:

> "Toma-se o povo numa acepção qualitativa; faz-se do sufrágio a expressão da vontade própria, autônoma, primária, de cada indivíduo componente do colégio eleitoral; admite-se enfim que o voto sendo um direito - *seu exercício será facultativo* [...]". (grifo nosso)

39 RÁO, V. O direito e a vida dos direitos. 5. ed. anotada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.192.
40 SILVA, J. A. da. op.cit., p.358.
41 BARREIROS NETO, Jaime. Temas controversos da reforma política no Brasil. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019
42 BONAVIDES, P. op.cit, p. 246.

Portanto, num Estado Democrático de Direito onde o sufrágio é considerado direito público subjetivo, não seria necessário impor o seu exercício como obrigatoriedade jurídica, tendo em vista tratar-se antes de um dever sócio-político, capaz de conscientizar os cidadãos quanto à sua importância, independentemente de uma imposição normativa.

É possível argumentar que somente o comparecimento do eleitor à seção eleitoral é obrigatório e não o voto, pois o eleitor possui a opção de escolher votar em branco, nulo ou no candidato de sua preferência.

No entanto, a questão deve ser analisada com maior rigor pelas seguintes razões: a primeira decorre da circunstância em que comparecendo o eleitor à seção eleitoral portando os documentos necessários, caso não queira ou não consiga votar em branco, nulo ou em algum candidato, o simples comparecimento não resultará em quitação eleitoral, nos termos do §1º, art. 60 da Resolução TSE nº 23.372/2011, caso em que serão aplicadas as mesmas sanções previstas na legislação em vigor ao eleitor que sequer compareceu às urnas no dia da eleição.

A segunda questão propõe-se a analisar a legitimidade e a necessidade da ingerência do Estado na liberdade do cidadão, ao impor uma obrigação legal à prática de um ato eminentemente considerado como direito público subjetivo. Ainda que se admita que somente o comparecimento do eleitor à seção eleitoral seja obrigatório, continua havendo uma intervenção direta por parte do Estado no *status libertatis* do cidadão consubstanciada pela aplicação de sanções em caso de descumprimento.

4.3 FACULTATIVIDADE DO VOTO: REGRA OU EXCEÇÃO?

A obrigatoriedade do voto no Brasil foi introduzida por meio da Constituição de 1946. A Constituição vigente em nosso país, em seu art. 14, §1º, inciso II, determina como facultativo o voto para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; maiores de setenta anos e para os analfabetos.

Partindo desses parâmetros, verifica-se que o legislador constituinte utilizou critérios relativos à faixa etária e à instrução para delimitar o rol taxativo de pessoas cujo voto é facultativo, haja vista que o seu não exercício não acarreta sanções aos cidadãos que se enquadrem no perfil constitucionalmente previsto.

Dessa forma, salvo as exceções acima mencionadas, para o restante da população que não seja considerada analfabeta e se encontre na faixa etária compreendida entre dezoito e sessenta e nove anos, o voto é obrigatório e o não exercício acarreta sanções legalmente previstas.

Infere-se, portanto, que, diante do atual arcabouço jurídico nacional, em regra, o voto é obrigatório, sendo facultativo somente nos casos já mencionados, o que caracteriza a facultatividade do voto como uma exceção.

Contudo, nada impede que a exceção se torne a regra, ou seja, não há impedimento constitucional para que o voto seja facultativo para todos, desde que seja aprovada proposta de emenda à Constituição, tendo em vista que esta disposição não está elencada no rol das cláusulas pétreas, nesse sentido Barros[43] aduz:

43 BARROS, F. D. Direito Eleitoral. 11 ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 238.

> Portanto, é possível que, por meio de Emenda Constitucional, se adote como regra o voto facultativo. Em realidade, o que é cláusula pétrea, isto é, o que não pode ser objeto de deliberação é proposta de emenda tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico.

Diante das palavras do autor mencionado constata-se que a obrigatoriedade do voto não está petrificada pelo rol do §4º, inciso II do art. 60 da Constituição Federal. Sendo assim, seria plenamente possível a aprovação de Emenda Constitucional com a finalidade de estender o voto facultativo para todos os cidadãos brasileiros.

Segundo dados constantes do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados Federal[44], já foram apresentadas quarenta Propostas de Emenda Constitucional ao Congresso Nacional com a finalidade de estender a facultatividade do voto para todos os cidadãos brasileiros. Contudo, até o presente momento não houve aprovação de nenhuma das propostas em tramitação.

4.4 SANÇÕES IMPOSTAS AO NÃO EXERCÍCIO DO VOTO

Para os eleitores cujo voto seja obrigatório, ao deixarem de comparecer às eleições, faculta-se o prazo de sessenta dias, após o pleito eleitoral, para justificar-se perante a Justiça Eleitoral, sob pena de multa e das sanções dispostas no §1º do art. 7º do Código Eleitoral, *in verbis*:

> Art. 7° [...]
> § 1º Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor:
> I – inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles;
> II – receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou paraestatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subseqüente ao da eleição;
> III – participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias;
> IV – obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos;
> V – obter passaporte ou carteira de identidade;
> VI – renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo;

44 Dados obtidos no site da Câmara de Deputados Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/150397-TRAMITAM-NA-CAMARA-40-PECS-PARA-TORNAR-O-VOTO-FACULTATIVO.html>. Acesso em 11 mai 2019.

> VII – praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda.

Além da multa, cujo valor varia entre R$ 1,05 (um real e cinco centavos) e R$ 3,51 (três reais e cinquenta e um centavos), cumulativa a cada turno de eleição, a legislação infraconstitucional prevê também as penalidades supramencionadas, de caráter administrativo, ocasionando penalidades restritivas de direitos na forma da lei, como também ausência de quitação eleitoral.

Com efeito, relevante apresentar o conceito de quitação eleitoral estabelecido pela Lei 9.504/97, alterado pela Lei nº 12.034/2009, *in verbis*:

> Art. 11 [...]
> § 7º A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, *o regular exercício do voto*, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remitidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral (grifos nossos).

Consequentemente, o não comparecimento às eleições ocasiona a ausência de quitação eleitoral, constituindo-se em óbice para a comprovação do "pleno gozo dos direitos políticos", ou seja, uma das condições de elegibilidade, nos termos do art. 14, §3º, II da Constituição Federal, c/c art. 11, §1º, VI da Lei nº 9.504/97.

Registre-se, ainda, a disposição contida no §3º, art. 7º do Código Eleitoral que prevê o cancelamento da inscrição do eleitor que deixou de votar em três eleições consecutivas e não pagar a multa ou não se justificar no prazo de seis meses após o último pleito que deveria ter comparecido.

Sendo assim, infere-se que o não exercício do voto, além de todas as penalidades mencionadas, acarreta ainda o cancelamento da própria inscrição eleitoral, o que não deixa de ser outra penalidade.

4.5 LIBERDADE E ISONOMIA APLICADAS AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Embora seja um conceito em constante evolução, o vocábulo cidadania pode ser definido juridicamente como conjunto de direitos e deveres políticos atribuídos às pessoas que se encontrem em gozo de seus direitos políticos, em outras palavras pode-se dizer que *cidadania* é "*partícula" da soberania popular.* Para tanto, se faz necessário inscrever-se como eleitor e estar quite com as obrigações eleitorais, o que inclui o regular exercício do voto.

Para os que adotam a corrente da soberania popular em que o sufrágio concretizado pelo voto é acolhido como um direito individual, imprescritível e inalienável, pois sendo o povo soberano, cada indivíduo, como membro da coletividade política, é titular de fração da soberania.

Nesse sentido, destacam-se as palavras de Pontes de Miranda[45]:

> Quando falamos de liberdade, de igualdade e de democracia, aludimos ao indivíduo. O indivíduo é que é livre. O indivíduo é

45 MIRANDA, P. de. Op.cit, p.146.

> que vota. Quando dizemos que um povo é livre, entende-se que todos os seus habitantes, todos os seus membros são livres: todos os indivíduos em suma.

Coaduna do mesmo entendimento o jurista Canotilho[46] ao expressar seu posicionamento acerca da aplicação do princípio da liberdade de voto, nos seguintes termos:

> O princípio da liberdade de voto significa garantir ao eleitor o exercício do direito de voto sem qualquer coacção [sic] física ou psicológica de entidades públicas ou de entidades privadas. *Deste princípio da liberdade de voto deriva a ilegitimidade da imposição legal do voto obrigatório*. A liberdade de voto abrange, assim o se e o como: *a liberdade de votar ou não votar e a liberdade no votar*. Desta forma, independentemente da sua caracterização jurídica – direito de liberdade, direito subjectivo [sic] -, o direito de voto livre é mais extenso que a protecção [sic] do voto livre. [...] (grifos no original).

Portanto, o princípio da liberdade só será efetivamente aplicado ao voto no momento em que não haja imposição legal ao seu exercício, nem tampouco sanções ao seu descumprimento, uma vez que o referido princípio abrange muito mais do que a simples escolha do candidato, vincula-se umbilicalmente ao próprio direito de escolher livremente entre votar ou não votar, sobretudo num regime democrático.

De acordo com Mendonça[47] numa democracia faz-se necessária a participação do povo no pleito de forma livre e consciente e não por obrigação, pois o "dever ao exercício da cidadania política importa em um dever de consciência de cidadania, e não em um dever jurídico sob pena de receber punições".

Por outro lado, num regime democrático no qual vigora o princípio da isonomia, pressupõe-se exigível para todos os mesmos critérios ao exercício da cidadania ativa ou passiva, pelo que talvez seja mais apropriado extirpar a obrigatoriedade do voto existente para parcela da população estendendo-se a facultatividade a todos os cidadãos brasileiros.

Todavia, a implementação da cidadania política participativa através da extensão da facultatividade do voto para todos, requer o esforço conjunto entre o Estado e vários seguimentos da sociedade, a exemplo de partidos políticos, educadores, imprensa em geral, dentre outros, no sentido de promover ações voltadas para a educação política e cívica, sobretudo direcionada aos jovens e às crianças, a fim de conscientizá-los acerca da importância de participar livre e espontaneamente na vida política e no futuro do país.

Desta forma, o exercício espontâneo da cidadania por meio da aplicação do princípio da liberdade ao voto certamente fortalecerá a soberania popular e o regime democrático, tendo em vista que o resultado das eleições expressará a vontade consciente do eleitor, sem os óbices decorrentes das amarras impostas pela obrigatoriedade legal.

46 CANOTILHO, J. J. G. Op.cit., p. 303.
47 MENDONÇA, V. de S. op.cit., p.109.

5. CONCLUSÃO

A partir da análise acerca do regime democrático adotado pela Constituição da República Federativa e do cenário político nacional atual, infere-se que o regime democrático representativo necessita de aperfeiçoamentos no que concerne às formas de exercício da soberania por meio do fortalecimento dos instrumentos de cidadania já existentes, bem como pela introdução de novos instrumentos que permitam maior participação popular nas decisões do Estado, a exemplo dos mecanismos de participação que compõem a nova constitucionalidade latino-americana[48].

Demonstrou-se que o sufrágio concretizado pelo voto revela-se como direito público subjetivo de escolha dos representantes da democracia, e ainda que seja considerado um dever cívico, independe de obrigatoriedade jurídica. O princípio da liberdade aplicado ao voto pressupõe, além da livre escolha do candidato, o próprio direito de o eleitor comparecer ou não à seção eleitoral a fim de exercer o direito de votar ou não votar, sem a cominação de sanções jurídicas.

Diante da possibilidade de alteração da norma constitucional que dispõe acerca da obrigatoriedade do voto, como também diante da relevância que o assunto representa no cenário político nacional, sugere-se que a presente temática seja submetida à consulta popular, através de plebiscito ou referendo, para que os cidadãos brasileiros tenham a oportunidade de decidir pela continuidade do voto obrigatório na forma atual ou pela extensão da facultatividade do voto livre e espontâneo para todos.

Portanto, partindo do pressuposto de que numa democracia deve prevalecer o resultado obtido pela escolha da maioria, consequentemente o direito à própria escolha deveria se revestir de caráter facultativo, tendo em vista que a obrigatoriedade do voto se contrapõe ao livre exercício da cidadania consciente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. M. de. **Curso de Direito Eleitoral**. 6 ed, Salvador: Juspodivm, 2012.

AZAMBUJA, D. **Teoria Geral do Estado.** 44. ed. São Paulo: Globo Edição, 2003.

BARREIROS NETO, J. **Temas controversos da reforma política no Brasil**. 1.

ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

BARROS, F. D. **Direito Eleitoral**. 11. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do jogo. 13. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BONAVIDES, P. **Ciência Política,** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

48 OLIVEIRA, F. C. S. de; STRECK, L. L. op. cit, p. 121-151.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federal. Agência Câmara Notícias. **Manhã no parlamento.** Brasília, DF. Disponível em <http://www2.camara.leg.br /camaranoticias/radio/materias/manha-no-parlamento/418121-deputado-explica-pec-que-estabelecevoto-facultativo-no-brasil.html>. Acesso em: 10 jul 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Jurisprudência por temas selecionados.** [on line]. Conscrito. Brasília, DF. Processo Administrativo nº 16.337/GO. Relator Ministro Nilson Naves. Julgado em 07/04/1998. Disponível em: <http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados /eleitor-do-alistamento-ao-voto/votacao/conscrito>. Acesso em: 21 mar 2018.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Edições Almedina: 2003.

DALLARI, D. de A. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KIERECZ, M. S. **A crise da democracia representativa no Brasil**. PPG Direito, UFRGS. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/61967/39965>. Acesso em 11 mai 2019.

MENDONÇA, V. de S. **Voto livre e espontâneo – exercício de cidadania política consciente**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

MIRANDA, P. de. **Democracia, liberdade, igualdade – Os três caminhos.** Campinas: Bookseller, 2002.

OLIVEIRA, F. C. S. de; STRECK, L. L. **Um direito constitucional comum latino americano: por uma teoria do novo constitucionalismo.** *in* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 121-151.

PAES, J. P. L. O Sufrágio e o voto no Brasil: direito ou obrigação?. **Revista da Escola Judiciária Eleitoral**. [on line]. Tribunal Superior Eleitoral. Edição nº 3, ano 3. Brasília, DF. 2013. Disponível em < http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-3-ano-3/o-sufragio-e-o-voto-no-brasil-direito-ou-obrigacao>. Acesso em: 31 de mar 2019, p. 19-20.

RÁO, V. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. anotada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, J. **O liberalismo político.** Ed. Ampl., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

SILVA, De P. e. **Vocabulário Jurídico**. 27. Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

PARIDADE DE GÊNERO NA POLÍTICA: APROFUNDAMENTO DA DEMOCRACIA E REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER[1*]

GENDER PARITY IN POLITICS: DEVELOPMENT OF DEMOCRACY AND IMPLEMENTATION OF WOMEN'S FUNDAMENTAL RIGHTS

Nicole Gondim Porcaro[2]**

"O poder não precisa de justificativas, sendo inerente à própria existência das comunidades políticas; mas precisa, isto sim, de legitimidade."

Hannah Arendt – *Da violência*, 1969

RESUMO

Tanto a ordem internacional quanto a ordem constitucional brasileira exigem o aprofundamento da democracia com a inclusão efetiva das mulheres nos espaços de poder decisórios, especialmente no poder legislativo, instituição deliberativa por excelência. A discriminação que exclui a mulher na esfera da democracia representativa rebaixa sua qualidade e compromete a efetivação do princípio da participação política igualitária. A solução do problema depende da atuação em diversas frentes, sociais e culturais, e de iniciativas que tenham outros focos para além da modificação normativa das leis eleitorais. Inobstante, enquanto mudanças na sociedade não consigam promover sozinhas esse status igualitário, é indispensável que políticas afirmativas corrijam o déficit democrático de participação feminina e garantam a paridade de gênero.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Democracia, Participação, Igualdade, Mulheres.

ABSTRACT

Both the international order and the Brazilian constitutional order require the deepening of democracy with the effective inclusion of women in decision-making spaces, especially in the legislative branch, a deliberative institution par excellence. The discrimination that excludes women in the sphere of representative democracy degrades its quality and jeopardizes the principle of equal political participation. Solving the problem depends on the action in diverse fronts, social and cultural, and of initiatives that have other focuses besides the normative modification of the

1 * Artigo científico apresentado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Ibccrim) e ao Instituto Ius Gentium Conimbrigae (Igc) Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, como requisito final para obtenção do título de Pós-graduação em Direitos Fundamentais. Atualizado com dados da última eleição.

2 ** Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em parceria com Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. Diretora Administrativa da Associação Visibilidade Feminina.

electoral laws. However, while changes in society fail to promote this egalitarian status, it is imperative that affirmative policies correct the democratic deficit of female participation and ensure gender parity.

Keywords: Fundamental Rights, Democracy, Participation, Equality, Women.

1. INTRODUÇÃO

O gênero é um dos eixos centrais que organizam a experiência social: "onde há desigualdades que atendem a padrões de gênero, ficam definidas também as posições relativas de mulheres e homens"[3], de dominação e subalternidade, como acontece na vida política. Enquanto as mulheres são socializadas para o protagonismo na esfera doméstica e comunitária, ainda em uma condição de opressão, aos homens é destinado o protagonismo na vida pública e nas tomadas de decisões do poder público e privado.

A desigualdade entre homens e mulheres na participação no poder político e nas instâncias decisórias é um problema histórico e mundial, que vem ganhando nas últimas décadas maior destaque na crítica feminista. No Brasil, ainda que historicamente as mulheres tenham participado ativamente nos processos políticos, sendo inclusive maioria dos membros ativos de movimentos sociais e organizações civis[4], essa atuação não se viu refletida na ocupação de cargos eletivos.

Desde sua origem, o movimento feminista pode ser caracterizado, em grande medida, como um movimento por inclusão política[5]. Em seu primeiro respiro, demandava que o pensamento liberal estendesse às mulheres os direitos que atribuía aos homens, e que a Revolução Francesa prometia conceder a todos indiscriminadamente. Por isso o feminismo do séc. XIX tem como sua face mais visível o sufragismo, culminando na conquista do voto feminino apenas no início do séc. XX. Tal vitória, no entanto, não foi acompanhada da ressignificação dos espaços públicos e privados, permanecendo as mulheres condicionadas à vida doméstica e comunitária.

A "segunda onda" do feminismo na metade do séc. XX, por sua vez, marcada pelo *O Segundo Sexo* de Simone de Beauvoir, foca na construção social da mulher e nos limites opostos à sua autonomia, passando ao largo, no entanto, da reinvindicação dos espaços decisórios institucionais. As mobilizações estavam mais direcionadas ao protagonismo nas organizações da sociedade civil.

Apenas no final da década de 70 começa a ser formada uma teoria política feminista propriamente dita, desconstruindo pressupostos do pensamento político liberal ao apontar como "a divisão entre as esferas pública e privada, naturalizada e assumida como incontestável, é crucial tanto para o estabelecimento do espaço da política tal como ele está constituído quanto para a exclusão das mulheres desse mesmo espaço" [6].

3 BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política*: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 8.
4 SACCHET, Teresa. Capital Social, gênero e representação política no Brasil. *Opinião Pública*, Campinas, v. 15, n. 2, p. 307, nov. 2009.
5 MIGUEL, Luis Felipe. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. *RBSC*, São Paulo, v. 32 n. 93, fev. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n93/0102-6909-rbcsoc-3293032017.pdf>. Acesso em: 22 out. 2017.
6 MIGUEL. op. cit., p. 2.

O contrato sexual de Carole Pateman[7] marca essa nova estratégia, reinterpretando a noção de contrato social, que para a democracia liberal seria uma forma de cooperação social de adesão sem coerção. Segundo ela, o contrato seria na realidade um instrumento excludente e produtor de padrões de submissão, no qual se espera que as mulheres consintam "livremente" e em um nível coletivo com a dominação masculina.

Sem deixar de reconhecer os limites das políticas tradicionais e a importância da criação de novos mecanismos e espaços de decisões que sejam mais horizontais, a crítica feminista vem direcionando sua atenção ao aprofundamento da democracia ao reivindicar maior presença dos excluídos nos parlamentos, uma vez que a restrição do processo político à visão de uma elite política, social e econômica – com traços de gênero e raça – é justamente a faceta mais antidemocrática da democracia parlamentar.

Um marco dessa mudança de foco foi a IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, realizada em Pequim em 1995[8], pelo avanço conceitual e programático na situação da mulher,[9] que passa a ser analisada sob a perspectiva de direitos. Essa perspectiva implica reconhecer que a desigualdade entre homens e mulheres é uma questão de direitos humanos que precisa ser corrigida por meio de políticas públicas e outros mecanismos, e não apenas uma situação decorrente de problemas econômicos e sociais a serem superados.

A inclusão da mulher na política tem sido desde então objeto de diversos fóruns internacionais, sendo a igualdade de gênero um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 das Nações Unidas[10], a qual todos os 193 Estados-membros, inclusive o Brasil, aderiram. Uma das metas vinculadas à igualdade de gênero é justamente "garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública".

A partir dos ODS, a ONU Mulheres lançou a agenda "Cidade 50-50" e a iniciativa "Por um planeta 50-50 em 2030: um passo decisivo pela igualdade de gênero" para promover "um modelo político no qual a paridade e a igualdade substantiva se constituem como a coluna vertebral do Estado inclusivo e paritário"[11], visando alcançar uma verdadeira "Democracia Paritária".

Assim, nas últimas décadas, vários países adotaram políticas públicas que resultaram em uma tendência internacional de aumento significativo da representação feminina na política, o que infelizmente não é o caso do Brasil.

7 PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

8 Ver a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, Pequim, 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

9 "A Plataforma de Ação de Pequim consagrou três inovações dotadas de grande potencial transformador na luta pela promoção da situação e dos direitos da mulher: o conceito de gênero, a noção de empoderamento e o enfoque da transversalidade. O conceito de gênero permitiu passar de uma análise da situação da mulher baseada no aspecto biológico para uma compreensão das relações entre homens e mulheres como produto de padrões determinados social e culturalmente, e portanto passíveis de modificação. As relações de gênero, com seu substrato de poder, passam a constituir o centro das preocupações e a chave para a superação dos padrões de desigualdade. O empoderamento da mulher – um dos objetivos centrais da Plataforma de Ação – consiste em realçar a importância de que a mulher adquira o controle sobre o seu desenvolvimento, devendo o governo e a sociedade criar as condições para tanto e apoiá-la nesse processo. A noção de transversalidade busca assegurar que a perspectiva de gênero passe efetivamente a integrar as políticas públicas em todas as esferas de atuação governamental." Ibid.

10 A Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas é um plano de ação que busca concretizar os direitos humanos nas três dimensões do desenvolvimento sustentável: econômica, social e ambiental. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em 26 out. 2017.

11 CIDADE 50-50. *Sítio Eletrônico***.** Disponível em: <http://www.cidade5050.org.br/>. Acesso em: 27 out. 2017.

Quase trinta anos após a Constituição Brasileira traçar a democracia, a cidadania, o pluralismo, a dignidade da pessoa humana e a igualdade como principais fundamentos da República, a metade feminina da população continua sub-representada e marginalizada nos espaços decisórios.

As mulheres são maioria da população brasileira[12], maioria do eleitorado (52%)[13] e 44,7% dos filiados em partidos políticos[14] - porcentagem esta que por si só desmente a tese de que mulheres são menos interessadas na política. Contudo, a presença feminina nas Casas Legislativas não poderia estar mais distante dessas proporções: nas eleições gerais de 2014 apenas 9,94% das vagas na Câmara dos Deputados e 13,58% no Senado[15] foram preenchidas por mulheres.

A disparidade desses números já seria suficiente para indicar a essencialidade do aumento da participação da mulher na política. No entanto, ainda se constata a necessidade de apresentar fundamentos teóricos da importância dessa participação para a nossa democracia. Para tal, se adota a perspectiva neoconstitucionalista, em que a Constituição deixa de ter um papel meramente programático para assumir a centralidade na ordem jurídica, na interpretação e na aplicação do Direito.

O presente trabalho pretende contribuir com a crítica feminista contemporânea à sub-representação das mulheres na política institucional a partir de uma perspectiva jurídica, resgatando teorias de direitos fundamentais e de qualidade da democracia, bem como a legislação brasileira, trazendo ainda experiências bem-sucedidas de inclusão em outros países latino-americanos.

A partir dos pressupostos encontrados defende-se a ideia de uma Democracia Paritária, dada a essencialidade de uma real igualdade de gênero na participação política para a efetividade do exercício de direitos políticos fundamentais, bem como para o aprimoramento da qualidade da democracia.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS POLÍTICOS E IGUALDADE DE GÊNERO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 é o grande marco histórico na afirmação dos direitos fundamentais e no neoconstitucionalismo, ao solucionar o problema da fundamentação dos direitos humanos[16], que superam o plano metafísico e encontram positivação internacional. Assim, o desafio dos direitos humanos e fundamentais passa a ser sua garantia e efetivação.

12 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?&t=resultados> Acesso em: 25 out. 2017.

13 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas do Eleitorado – Por sexo e faixa etária.* Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria.>. Acesso em: 25 out. 2017.

14 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas do Eleitorado Eleitores filiados por sexo e faixa etária*. Out. 2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/estatisticas-de-eleitorado/eleitores-filiados-por-sexo-e-faixa-etaria>. Acesso em: 25 out. 2017.

15 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Relatório das eleições*. 2014. p. 503. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/relatorio_eleicoes/relatorio-eleicoes-2014.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

16 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004.

No Brasil, o marco foi "a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar"[17], que positivou os direitos fundamentais do Estado brasileiro e inaugurou uma nova dogmática constitucional, na qual ela assume posição central dentro do sistema jurídico.

2.1. TEORIA GERACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ACESSO AOS DIREITOS POLÍTICOS

Os direitos políticos são espécies de direitos fundamentais. Bonavides[18] ensina que os direitos fundamentais são, do ponto de vista formal, aqueles que a ordem constituinte vigente qualifica como tais, vinculando a atuação estatal e limitando os poderes das maiorias. Do ponto de vista material, os direitos fundamentais estão essencialmente vinculados aos ideais do ordenamento, variando conforme a modalidade de Estado e os valores e princípios que a Constituição consagra.

Karel Vasak[19], em seu trabalho com a UNESCO, inaugurou uma nova abordagem ao estudo dos direitos humanos a partir de sua positivação, identificando as condições em que cada direito se torna uma realidade legal: como evoluíram na história, em uma perspectiva geracional, da fase de mera proclamação para se estabelecerem como garantias e fonte de direito.

Essa noção de gerações sucessivas traduz um processo cumulativo e complementar, e não dissociativo[20], de direitos fundamentais, identificada cada "geração" com um dos ideais elementares da Revolução Francesa: liberdade (primeira), igualdade (segunda) e fraternidade (terceira).

Assim, os direitos de primeira geração estão relacionados ao ideal de liberdade e, inaugurados com as revoluções burguesas do final do séc. XVIII, eram concebidos como "liberdades públicas", objetivando salvaguardar o indivíduo da ingerência do Estado, naquela primeira fase do constitucionalismo do Ocidente. Os direitos políticos, incluídos nessa geração ao lado dos direitos civis, consistiam na expressão dos indivíduos para a formação e controle do poder político.

A Revolução Francesa é considerada o marco dos direitos de primeira geração, porque pretendia dar a eles um caráter de universalidade, sendo destinada ao "gênero humano"[21]. Entretanto, de aspiração liberal, não era tão universal assim: os direitos políticos surgem restritos aos cidadãos aptos a participar da vida pública, então um grupo homogêneo de homens, adultos e europeus, discriminadas as mulheres e outros grupos excluídos.

Mary Wollstonecraft[22] em obra de 1792 já apontava essa discriminação das revoluções burguesas e reivindicava o acesso das mulheres à esfera pública e um conjunto de direitos que eram necessários para que tal acesso pudesse

17 BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil*: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2017.

18 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010. p. 560-561.

19 VASAK, Karel. Human rights: as a legal reality. In: *The international dimensions of human rights.* Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1982. 1. v. Trad. of: Dimensions internacionales des droits de l'homme. UNESCO, Paris, França.

20 SANTOS, Polianna Pereira dos. *Voto e qualidade da democracia*: as distorções do sistema proporcional brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 64.

21 BONAVIDES. op. cit., p. 562.

22 WOLLSTONECRAFT, Mary. *A vindication of the rights of woman*: with strictures on political and moral subjects. Nova York: The Modern Library, 2001 [1792].

ocorrer, como os direitos à educação e à propriedade. Vinculava a exclusão da esfera pública à opressão na esfera privada, apontando com veemência a divisão dos espaços dedicados socialmente aos homens e às mulheres.

O direito ao voto só foi conquistado pelas mulheres no início do séc. XX com a luta das sufragistas, em um período no qual as mulheres passaram a desenvolver papel essencial no mercado de trabalho e na reconstrução europeia após a primeira grande guerra. Essa conquista, no entanto, não foi acompanhada de uma rediscussão das fronteiras entre público e privado.

No Brasil, sempre influenciado pelas tendências políticas nortenhas, o direito ao voto e de ser votada só veio em 1932[23], embora só fosse obrigatório para aquelas que exerciam função pública remunerada. No geral, a inclusão foi apenas formal, com pouquíssimas mulheres conquistando cargos eletivos por muitas décadas.

Os direitos da segunda geração – direitos sociais, culturais e econômicos – introduzidos com o Estado Social ao longo do séc. XX e pautados pelo princípio da igualdade, traduziram um novo conteúdo aos direitos fundamentais, de caráter programático e coletivo: as garantias institucionais. Superando a universalidade abstrata da primeira geração, inauguram uma ordem inclusiva na qual se deve produzir os pressupostos fáticos que garantam o pleno exercício da liberdade, "sem os quais esta se converteria numa ficção"[24]. Assim, políticas públicas passam a ser consideradas necessárias para garantir que todos tenham oportunidades de realizar seus direitos individuais, em certo grau de igualdade.

Sobre o conteúdo da igualdade nos direitos fundamentais, oportuno citar Bobbio[25]:

> Enquanto a igualdade perante a lei pode ser interpretada como uma forma específica e historicamente determinada de igualdade jurídica [...], a igualdade nos direitos compreende a igualdade em todos os direitos fundamentais enumerados numa constituição, tanto que podem ser definidos como fundamentais aqueles, e somente aqueles, que devem ser gozados por todos os cidadãos sem discriminações derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça, etc. [...] pode-se apenas dizer que são fundamentais os direitos que numa determinada constituição são atribuídos a todos os cidadãos indistintamente, em suma, aqueles diante dos quais todos os cidadãos são iguais.

No mundo pós-guerras, a globalização da informação trouxe a consciência de um mundo formado por nações de níveis diferentes de desenvolvimento, fomentando a ascensão da terceira geração de direitos fundamentais, pautados pela fraternidade e destinados tanto aos Estados quanto aos indivíduos. São os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio

23 Enquanto o art. 2º do Código Eleitoral definia como eleitor "o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código", o art. 121 estabelecia a facultatividade do voto feminino, ao estatuir que "os homens maiores de sessenta anos e as mulheres em qualquer idade podem isentar-se de qualquer obrigação ou serviço de natureza eleitoral". Para se candidatar era necessário ser eleitor e possuir quatro anos de cidadania, não havendo nenhuma restrição legal de gênero para o exercício dos direitos políticos passivos das mulheres a partir desse momento. (BRASIL, 1932).

24 BONAVIDES, op. cit., p. 567.

25 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 41.

comum da humanidade, traduzidos na esfera individual no acesso ao trabalho e na qualidade de vida saudável[26].

Nesse momento, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, além de fundamentar os direitos humanos, traz a "concepção de um ser humano *uti singulus*, generalizável e universalizável enquanto sujeito de direitos", possibilitando a ampliação dos horizontes hermenêuticos do tema, a partir dos quais começou-se a discutir a questão da generalidade dos direitos fundamentais"[27].

Com o avançar dos tempos e a globalização política da teoria dos direitos fundamentais, a criação de agências internacionais de proteção aos direitos humanos e questionamentos sobre a qualidade das democracias, Bonavides identifica uma quarta geração[28]. Ela englobaria "o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo", essenciais para "a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade". Segue explicando que os direitos das três primeiras gerações são infra estruturais, formando uma "pirâmide cujo ápice é o direito à democracia".

Essa nova universalidade dos direitos fundamentais eleva os direitos de liberdade para um novo grau de eficácia, fortalecendo-os mediante a efetiva adoção dos direitos de igualdade e fraternidade. Nesse viés, para a realização dos direitos políticos é indispensável a participação democrática no poder[29], de uma forma universal e materialmente igualitária, para que o Estado constitucional não perca seu próprio fundamento de legitimidade.

Em paralelo a esse movimento, a partir da década de 70, começa a se formar uma verdadeira teoria política feminista como alternativa às concepções hegemônicas de democracia, denunciando a reprodução das discriminações sociais nos espaços políticos que deveriam ser igualitários, como ensina Luis Felipe Miguel[30]:

> Ela passa por uma revisão crítica dos pressupostos do pensamento político ocidental, em especial assinalando como a divisão entre as esferas pública e privada, naturalizada e assumida como incontestável, é crucial tanto para o estabelecimento do espaço da política tal como ele está constituído quanto para a exclusão das mulheres desse mesmo espaço. Longe de ser um acontecimento contingente, tal exclusão é condição necessária para e consequência inevitável da maneira como a política e as instituições são concebidas.

Os direitos de ser votado e de participação política não podem ser considerados eficazes se metade de seus sujeitos tem sua voz abafada e não possuem igualdade de oportunidades para realizá-los. Pode-se dizer, portanto, que a plena eficácia dos direitos políticos, de forma universalizada, depende da igualdade de gênero no acesso a esses direitos, visando a plena realização do direito à democracia para as mulheres.

---

26 BONAVIDES, op. cit.., p. 570.

27 GOUVEIA, Homero Chiaraba. *Cidadania Coletiva*: política da diferença e o princípio da participação. Curitiba: Juruá, 2017.

28 BONAVIDES, op. cit., p. 571-572.

29 SANTOS. op. cit., p. 67.

30 MIGUEL. op. cit., p.2.

2.2. A PARIDADE DE GÊNERO NA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O princípio da igualdade política é fundamento central para a escolha da democracia sobre outros regimes, não só pelo direito de escolher quem governa, mas principalmente pelo direito de poder ser escolhido para influir sobre decisões que afetam a si mesmo e a toda a sociedade. As eleições *per se* não garantem que o sistema político seja capaz de assegurar princípios fundamentais.

Nesses termos, o grau de inclusividade do sistema político – isto é, a extensão com que os direitos civis e políticos são garantidos a todos os cidadãos sem exceção[31] - é uma condição fundamental de sua consolidação.

A Constituição da República estabelece logo em seu preâmbulo que o Estado Democrático brasileiro é instituído com o destino de "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos". No art. 1º, elenca a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como seus fundamentos, ressaltando que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos e diretamente". No art. 3º, prevê como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução de desigualdades sociais e o fim de toda forma de discriminação.

Já no *caput* do art. 5º, ao consagrar o princípio da igualdade para todos, "sem distinção de qualquer natureza", realça no inciso I que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição", instituindo a paridade de gênero como princípio visceral da ordem constitucional.

Desiree Salgado [32] 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". Ela propõe como princípios constitucionais para o Direito Eleitoral, entre outros, a necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas e a máxima igualdade da disputa eleitoral. Esses princípios derivariam dos princípios republicano e democrático, com um forte viés de efetivação da igualdade, refletindo a exigência de pluralismo político estabelecido como fundamento da República.

Maria da Glória Gohn[33] explica que a cidadania, evoluindo de sua dimensão cívica da *polis* grega como exercício individual do cidadão, deve ser compreendida na contemporaneidade por seu caráter coletivo, a partir das lutas por leis e direitos para os grupos sociais historicamente marginalizados do ponto de vista econômico, cultural e político, como é o caso das mulheres e sua baixa representatividade na política.

31 MOISÉS, José Álvaro. SANCHEZ, Beatriz Rodrigues. Representação política das mulheres e qualidade da democracia: o caso do Brasil. In: MOISÉS, José Álvaro (Org.). *O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade*: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/ebooks/o-congresso-nacional-os-partidos-politicos-e-o-sistema-de-integridade>. Acesso em: 02 nov. 2017.

32 SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. In: *Estudos Eleitorais*: Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, DF, v.6, n. 3, p. 103, set./dez. 2011.

33 GOHN, Maria da Gloria Marcondes. *História dos movimentos e lutas sociais*: a construção da cidadania dos brasileiros. São Paulo: Loyola, 2007.

Homero Chiaraba[34] defende que a Constituição Brasileira é pautada por essa cidadania coletiva, resultado de "lutas históricas da sociedade civil brasileira ao lutar e reivindicar emancipação política". Essas lutas vão desde os movimentos emancipatórios, as lutas abolicionistas, as revoltas populares da primeira República, os movimentos classistas do período varguista, os movimentos camponeses e culturais pré-golpe militar, até a ascensão de novos movimentos sociais nas décadas de 1970 e 1980 e as "Diretas Já" que trouxeram novos atores coletivos que desempenharam papel importante na formação da Constituição. Entre eles, o movimento conhecido como o Lobby do Batom, que se articulou para defender os direitos das mulheres na constituinte, resultando também no reconhecimento institucional da mulher como grupo identitário.

Vale dizer: a democracia constitucional brasileira não se contenta com um mecanismo que se paute simplesmente pela vontade da maioria. Seu ponto de partida é uma cidadania coletiva que reflete a liberdade e a igualdade. O poder público, para ter legitimidade, precisa tanto refletir os anseios da população em sua pluralidade como ser acessível de fato por todos – no sentido de que os pares tenham oportunidades substancialmente igualitárias de exercer o poder do qual são sujeitos.

Como explica Chiaraba[35]:

> Quando a Constituição fala em "promover o bem de todos" é preciso se levar em conta que não somente o Direito de determinado grupo ou de indivíduos está incluído, mas também a garantia que todos têm o Direito a participar da construção destes bens nos órgãos de deliberação. Assim pode-se falar em um princípio da ampla participação na República. Tal princípio está positivado no texto constitucional, no já citado artigo primeiro, parágrafo único. Mas não somente. O princípio da ampla participação na República enseja uma releitura significativa dos fundamentos do Estado brasileiro, sobretudo a cidadania, a dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, a fim de se comportar a pluralidade da sociedade brasileira.

Edilene Lôbo [36] aponta como essa construção normativa dos fundamentos da República exige uma democracia substancial, com a "participação paritária da mulher na sociedade em geral, e em particular, na política". Nesse sentido, as regras atuais do sistema político brasileiro têm falhado imensamente com as mulheres, em uma realidade na qual a metade masculina se vê representada em cerca de 90% dos cargos políticos e a metade feminina em míseros 10%, por motivos socioculturais e tradições políticas totalmente alheias à normatividade.

O déficit igualitário e democrático é gritante e tem que ser corrigido por mecanismos normativos. A paridade de gênero é invocada na Constituição e é condição de legitimação da ordem democrática, exigindo uma representação correspondente nas instâncias decisórias.

34 GOUVEIA, op. cit.

35 GOUVEIA, Homero Chiaraba. Ibid.

36 LÔBO, Edilene. A paridade como direito fundamental da democracia substancial no Brasil: mulher na política. In*:* OLIVEIRA, A. A. de; RONCAGIOLO, Y. A. (Coord.). *Teorias da Democracia e Direitos Políticos*. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p.43.

Luciana Lóssio[37], em entrevista enquanto ainda era Ministra do Tribunal Superior Eleitoral, defende este posicionamento:

> O artigo 5º, da Constituição, afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Ou seja, a lei das leis traz logo no primeiro inciso do artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, o princípio da igualdade e da isonomia. Ora, se são iguais em direitos e obrigações, eu entendo que é porque têm que ter os mesmo direitos. Logo, a divisão de 50% de vagas para homens e os outros 50% para mulheres é absolutamente constitucional. Há, de fato, uma ponderação de valores. Caberá a nós, intérpretes, saber qual dos valores constitucionais em choque deve prevalecer. E eu opto pela igualdade e isonomia.

A Ministra fala em ponderação de valores: considerando o caráter predominantemente coletivo dos fundamentos e objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, pode-se pensar em um limite para o exercício individual da cidadania, privilegiando o acesso dos grupos sociais historicamente marginalizados aos espaços de poder, concentrados nas mãos dos grupos dominantes. Só assim se realizaria os mandamentos constitucionais de uma cidadania pautada pela igualdade material.

Por fim, necessário considerar a "gênese social da identidade", isto é, a construção da identidade como experiência de um reconhecimento intersubjetivo[38]. Como a ordem constitucional democrática acolhe a diversidade e a direciona para a participação paritária no poder político, todos os cidadãos, por serem reconhecidos por ela, podem também se reconhecer nela. Esse processo, no entanto, é prejudicado pela invisibilidade dos grupos excluídos. Sobre o tema, Amy Gutmann[39]:

> Essa necessidade de reconhecimento, inspirada na noção de dignidade humana, aponta para, pelo menos, duas direções: para a proteção dos Direitos fundamentais dos indivíduos como seres humanos, e para o reconhecimento de que os indivíduos, com as suas necessidades especificas, são membros de grupos culturais específicos.
> [...]
> O pleno reconhecimento da igualdade dos cidadãos exigiria, assim, duas formas de respeito: (1) em relação ao caráter único das identidades dos indivíduos, independente do sexo, raça ou da etnia, e (2) em relação àquelas atividades, práticas e modos de perspectivar o mundo que são particularmente valorizadas por, ou associadas a, membros dos grupos minoritários, onde se incluem mulheres, os americanos de ascendência asiática ou africana, os americanos nativos de toda uma multiplicidade de outros grupos existentes nos Estados Unidos.

37 RODAS, Sérgio. Representatividade feminina. Cotas no legislativo aumentam igualdade feminina sem violar CF**.** In: *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 05 jun. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-05/cotas-mulheres-legislativo-aumentam-igualdade-politica>. Acesso em: 05 nov. 2017.

38 Honneth pontua a necessidade que o ser humano tem de ser reconhecido pelos outros. A partir desse reconhecimento é que se pode dizer que se formam, entre outros, a autoconfiança e a autoconsciência, elementos que serão desenvolvidos de formas distintas entre homens e mulheres, em virtude dos diferentes processos de socialização. In: H*ONNETH,* Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

39 GUTMANN, Amy. Introdução. In: TAYLOR, Charles. et al. *Multiculturalismo*: examinando a política do reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 26-27.

As mulheres são culturalmente formadas para desenvolver habilidades no âmbito privado, enquanto aos homens é reservado o âmbito público. Ao ver mais mulheres ocupando os espaços de poder, em posição de igualdade, outras mulheres poderão reconhecer esses espaços, por extensão, a si mesmas. Reconhecendo, assim, a sua própria condição de paridade com os membros masculinos da comunidade, superando a posição de subalternidade a que foram historicamente (e ainda são) submetidas, exercendo verdadeiramente a autodeterminação.

3. QUALIDADE DA DEMOCRACIA E IGUALDADE DE GÊNERO

Pode-se dizer que há hoje um consenso de que a democracia é a melhor forma possível de governo. A literatura recente tem classificado o regime democrático como um "fenômeno de natureza multidimensional que envolve eleições, direitos fundamentais, instituições de intermediação de interesses e a cultura cívica dos cidadãos"[40].

A desigualdade é um desafio porque a democracia exige a emancipação das pessoas, por meio do exercício da autonomia e da autodeterminação, para que sejam sujeitos e não objetos da vontade alheia. A democratização de uma sociedade é um longo processo de luta pela inclusão real dos segmentos minoritários ao exercício dos direitos de cidadania, na busca de uma ordem jurídica e de fato igualitária.

3.1. PARTICIPAÇÃO, REPRESENTAÇÃO E IGUALDADE NA DEMOCRACIA

Pires[41] defende a democracia a partir de sua desmistificação, afirmando que "não existe uma vontade popular ou um interesse público que possa ser reconduzido ao povo como um todo. As decisões imputadas à coletividade não são coletivas, mas coletivizadas, porque, embora imputada a todos, são tomadas por alguns". Explica como a democracia é concebida a partir do dissenso e da representação de ideias diferentes, sendo impossível que as decisões correspondam à vontade de cada um, mas ao resultado do processo deliberativo entre aqueles representantes eleitos.

Dahl[42] aponta cinco critérios a que um "processo para o governo de uma associação teria que corresponder, para satisfazer a exigência de que todos os membros estejam igualmente capacitados a participar nas decisões da associação sobre sua política", quais sejam: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos. Segundo o autor, em uma democracia deve ser reconhecido ao maior número possível de pessoas "o direito de cidadãos, de poder interferir na tomada de decisões, sem limitações como as havidas no século passado, referentes a critérios de renda, formação, etnia ou sexo para a obtenção de direitos políticos"[43].

40 MOISÉS; SANCHEZ. op. cit. p. 95.

41 PIRES, Thiago Magalhães. A democracia: da fantasia à representação. *Academia.edu*. Disponível em: <http://www.academia.edu/15057987/A_democracia_da_fantasia_%C3%A0_representa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 10 nov. 2017.

42 Segundo o autor, "Todos, ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios [participação efetiva]". DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 49-50.

43 DAHL, Robert A. Ibid.

Há uma óbvia limitação funcional à manifestação direta de todos os possíveis afetados pelas decisões. No limite, há o problema das gerações futuras, nascidas ou não, que não podem ser ouvidas no presente. Assim, nos resta como alternativa a ideia de representação, na qual todos os cidadãos participem pela voz e pelo voto de quem foi eleito para isso. Nesse contexto, o instituto da representação é fundamental para a legitimação do exercício do poder político, ocorrendo através dele a participação popular.

Como apontado, a participação política é um direito fundamental dos governados de participarem das decisões que regem suas vidas e de controlarem os atos de governo. Como ensina Chiaraba[44], "os lugares por excelência desta participação são o Poder Legislativo e o Poder Executivo, que contam com mecanismos diretos de controle (eleições), e participação". E é um direito especialmente caro aos grupos historicamente marginalizados, mais vulneráveis e que mais carecem da representação política de seus interesses.

Pires[45] destaca a importância de se fazer a separação entre sociedade civil e Estado, a representação e as instâncias deliberativas como espaços intermediários onde se formam as decisões coletivizadas:

> Sem dúvida, é essencial preservar a conexão entre o Estado e a sociedade, mas também é fundamental que essa relação seja mediada pelo sistema político, a fim de proteger as instituições, tanto quanto possível, das desigualdades da vida social (Ibid.). (TOURAINE, 1996, p. 64). A passagem imediata da sociedade civil para o Estado só seria legítima se a ordem social se traduzisse necessariamente em liberdade para todos. Mas as coisas não se passam dessa forma. 'A sociedade civil reflete a desigualdade dos grupos [...]; se deixada por conta própria, é provável que ela reforce e aumente os efeitos dessa desigualdade' (WALZER, 2008, p. 113). Se não for mediada pela igualdade da sociedade política, a relação entre sociedade civil e Estado abre espaço para a instrumentalização do aparelho estatal elas forças sociais mais poderosas.

Essa observação encontra pertinência diante da grande dificuldade que os grupos marginalizados encontram de fazer com que seus interesses sejam representados no sistema político tradicional, em um modelo hegemônico de democracia e de Estado "neutro" que favorece a participação e a representação dos setores detentores de capital econômico e cultural, refletindo o abismo social já existente na sociedade.

Apenas com a superação da marginalização, ou seja, pela desnaturalização do não pertencimento aos espaços de poder, com o reconhecimento e a conquista do direito de participar dos processos deliberatórios, que os sujeitos coletivos se tornam sujeitos coletivos de direito. A importância de políticas públicas ganha então

44 GOUVEIA. op. cit.
45 PIRES, op. cit., p. 11.

destaque como instrumentos de efetivação desse direito de participação dos grupos marginalizados, "justamente porque a participação é o bem máximo da cidadania coletiva, e que merece tutela fundamental"[46].

Assim, a ideia de representação na democracia impõe diversas exigências não só quanto à deliberação coletiva em si, que materializa a autonomia pública de cada cidadão no direito de participação, como em respeito à sua autonomia privada, refletida nos direitos fundamentais – como a igualdade material no exercício dos direitos políticos.

Quanto maior a qualidade dos processos deliberativos – pautados na diversidade, na representatividade de perspectivas diferentes da sociedade em uma condição de igualdade, na qual o ponto de vista de todos os grupos, dominantes e marginalizados, possa contribuir para a tomada de decisão do Estado – maior a probabilidade dessas decisões serem justas, e, assim, maior a legitimidade democrática.

Resta claro que para a teoria democrática contemporânea a participação, a inclusão e a igualdade são fatores essenciais para que um Estado seja substancialmente democrático. O aprofundamento da democracia passa necessariamente pela existência de condições efetivas que assegurem a influência de todos os membros adultos da sociedade, em sua diversidade, no processo de tomada de decisões que os afetam.

Na República democrática, assim como não há privilégios a indivíduos, não pode haver privilégio a grupos que tenham mais acesso às instâncias participatórias e decisórias, simplesmente por suas condições materiais. Dessa forma, a exclusão feminina dos espaços decisórios coloca em xeque não só a eficácia das instituições democráticas, como a própria legitimidade da democracia representativa. A sub-representação feminina passou a ser vista como um déficit democrático que questiona a qualidade das democracias.

3.2. O ENFOQUE NA IGUALDADE DE GÊNERO PARA A QUALIDADE DA DEMOCRACIA

Considerando que a participação nas instituições públicas é um meio especialmente efetivo de influenciar as regras políticas e as políticas públicas do Estado, parece inegável que a participação equitativa de homens e mulheres seja uma condição mínima para a construção da igualdade e da cidadania política.

Miguel[47], falando sobre a obra de Pateman, explicou seu esforço em desnaturalizar a desigualdade de gênero nas instituições, indicando que não se pode falar em democracia substancial sem denunciá-la:

> É esse compromisso que dá rumo a toda a obra de Pateman, cujo principal esforço, então, é contribuir para desnaturalizar as instituições, revelando padrões de dominação subjacentes a ela. A emancipação feminina é parte essencial desse programa; por isso, como disse ela, "uma teoria e prática 'democrática' que não é ao mesmo tempo feminista serve apenas para manter uma

46 GOUVEIA. op. cit.

47 MIGUEL. op. cit., p. 13.

> forma fundamental de dominação e assim zomba dos ideais e valores que a democracia busca encarnar" (Pateman, 1989, p. 223). Ao propor uma interpretação sofisticada da relação entre a dominação masculina e as noções de contrato e consentimento que estão na base dos regimes políticos ocidentais, ela contribuiu decisivamente para avançar nessa direção, tornando o feminismo componente inextrincável de qualquer reflexão sobre a democracia digna de seu nome.

Denuncia, assim, que as instituições não são neutras, foram criadas pelos homens na condição de elite dominante e, ainda que normativamente exista igualdade de direitos, na prática constrangem o acesso ao poder e o desempenho de mulheres e outros excluídos do sistema. Por isso, defende-se a necessidade de partir da paridade e da reserva de cadeiras para a formação de um corpo político verdadeiramente diverso e que produza um processo deliberativo de qualidade.

Outras autoras como Philips, Young e Mansbrigde também salientam a importância da inclusão feminina na política para o aprofundamento da democracia, nos termos da Democracia Deliberativa, indicando que a representação descritiva[48], ou seja, uma política que promova o acesso de grupos excluídos como as mulheres, é etapa crucial para uma representação substantiva, de ideias[49]. Phillips esclarece que a representação "de presença" não significa tratar as mulheres como um grupo homogêneo, mas como membros de um mesmo grupo que é excluído dos espaços decisórios, apesar de representarem metade (ou mais) da população.

Young[50] defende que políticas afirmativas de inclusão de grupos sociais discriminados são importantes para que diferentes perspectivas tenham voz nos processos políticos, pois ainda que dentro de cada grupo haja valores e pensamentos distintos, o que importa é o ponto de partida – a perspectiva assemelhada, pelas experiências – e não o de chegada.

Na mesma linha, Mansbridge rebate os críticos da representação descritiva demonstrando como o critério de "vivência compartilhada"[51], que promove uma representação e comprometimento maior com os interesses dos representados, é um critério já adotado tradicionalmente na política. Usa como exemplo a exigência de que o presidente de uma nação tenha a correspondente nacionalidade, pois isso garantiria maior lealdade aos interesses do país.

Cumpre acrescentar que os que criticam as políticas afirmativas parecem ignorar que os resultados das eleições nos moldes atuais dificilmente refletem aqueles que são mais capacitados, preparados ou bem-intencionados. Os custos altíssimos para que uma campanha tenha um bom grau de visibilidade favorecem

48 Mansbrigde define: "Na representação descritiva, a própria pessoa e a vida do representante de certa forma traduzem a classe maior que ele representa. Legisladores negros representam cidadãos negros, legisladoras representam as mulheres, e assim por diante." Tradução livre de: "In 'descriptive' representation, representatives are in their own persons and lives in some sense typical of the larger class of persons whom they represent. Black legislators represent Black constituents, women legislators represent women constituents, and so on." In: MANSBRIDGE, Jane. Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent "Yes". *The journal of politics*, v. 61, n. 3, p. 628-657, University of Texas Press, aug. 1999. Disponível em: <https://wappp.hks.harvard.edu/files/wappp/files/should_blacks_represent_blacks_and_women_represent_women_a_contingent_yes1.pdf>.

49 PHILLIPS, Anne. *The Politics of presence*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

50 YOUNG, Iris Mansion. Representação política, identidade e minorias**.** *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a06n67>.

51 Tradução livre da expressão "*shared experience*". MANSBRIDGE, Jane. Ibid., p. 629.

o nepotismo político e candidatos com capital social[52] efetivo para produzir recursos materiais, o que em geral não é o caso das mulheres, que já começam a disputa em plena desvantagem.

Sobre o tema, Moisés e Sanchez[53] são precisos ao esclarecer que:

> Por insistir na conexão analítica entre representação e participação, a abordagem da qualidade da democracia desloca a ênfase das teorias minimalista e procedimentalista da dimensão formal das instituições democráticas para os modos – inclusive informais – através dos quais direitos efetivos devem assegurar o princípio de igualdade política. Direitos fundamentais dependem do primado da lei, cuja efetividade assegura que os valores da liberdade e da igualdade se realizem; mas isto só se concretiza com a efetiva inclusão política dos diferentes segmentos sociais, o que permite articular dois componentes fundamentais do sistema político, o funcionamento das instituições e o seu contexto social. Nesse sentido, supondo que o equilíbrio na distribuição de recursos de poder – organização e dinheiro – é um fator essencial da estabilização do sistema de partidos políticos e do bom funcionamento da democracia, a igualdade de oportunidades na disputa pelo voto e a inclusão política assumem papel fundamental para a mensuração da qualidade do regime democrático. Nesse sentido, a discriminação que exclui as mulheres da democracia representativa, independente de ser formal ou informal, rebaixa a qualidade da democracia e, no caso do Brasil, compromete a inclusão requerida pelo princípio de igualdade política.

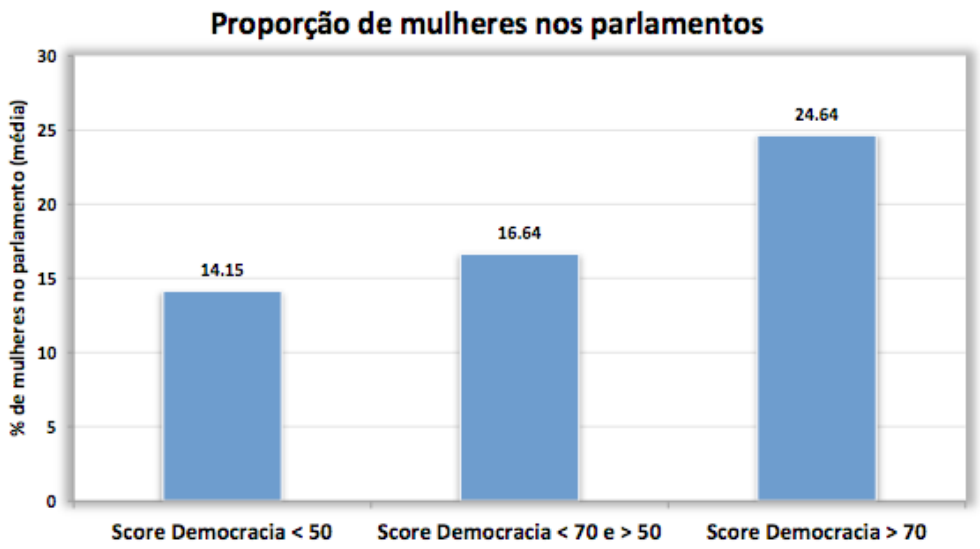
Em estudo sobre a correlação entre qualidade da democracia, ideologia e presença de mulheres nos parlamentos, Moraes, Santos, Torrecillas e Leão[54] demonstram um significativo grau de correlação entre países com maior qualidade democrática e aqueles com maior presença feminina nos parlamentos. Para isso, estratificaram a frequência relacionada à qualidade da democracia em três níveis: 1) baixa qualidade (≤50); 2) média qualidade (>50 e ≤70) e 3) alta qualidade (>70), correlacionando cada um dos níveis ao número de cadeiras ocupadas por mulheres nos parlamentos nacionais:

52 O capital social (CS) é definido por Putnam como as conexões existentes entre os indivíduos de uma comunidade: suas redes e as normas de reciprocidade e confiança, que derivam delas. (SACCHET, op.cit.).

53 MOISÉS; SANCHEZ. op. cit., p. 98.

54 Para tanto, compararam os dados das ONU sobre a ocupação dos cargos parlamentares pelas mulheres com o ranking da democracia e com a frequência do Google trends para o tópico *feminism* (feminismo). MORAES, Thiago P. B. de. et. al. Mulheres, política e sub-representação. Um estudo sobre a correlação entre qualidade da democracia, ideologia e mulheres nos parlamentos. *Derecho y Cambio Social*, n. 36, Lima, Peru, 2014. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista036/MULHERES_POLITICA_E_SUB-REPRESENTACAO.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2017.

Gráfico 1 – médias da % de mulheres ocupando cadeiras nos parlamentos, por grupos de acordo com os scores de democracia.



Fonte: Moraes, Santos, Torrecillas e Leão

Tem-se, portanto, que quanto maior a participação das mulheres na política, maior a qualidade da democracia.

Por todo o exposto até aqui, se adota como pressuposto para o presente trabalho que a inclusão política das mulheres e a igualação efetiva de chances de ocuparem cargos nos espaços decisórios são fatores que devem ser levados em consideração na discussão das reformas legislativas, especificamente as reformas políticas, diante de uma Constituição igualitária e da importância de aumentar a qualidade de nossa democracia.

4. PARIDADE DE GÊNERO NA POLÍTICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Ainda que, como destacado nos tópicos anteriores, a Constituição promulgada em 1988 tenha trazido uma grande preocupação com os direitos fundamentais e a participação política ampla, possibilitando a inserção da mulher na política de forma significativa – na redemocratização houve a eleição da primeira mulher para o cargo de senadora, bem como a eleição de trinta e sete deputadas –, a igualdade material entre homens e mulheres ainda é uma realidade distante.

4.1. A "POLÍTICA DE INCLUSÃO" ADOTADA PELO BRASIL

A Lei nº 9.100/95 foi a primeira lei no Brasil a tratar das cotas de gênero, proposta e promulgada sem grandes debates, estabelecendo normas para a realização das eleições municipais de 1996. A Lei nº 9.504/97, hoje modificada

pela Lei nº 12.034/09, estendeu a previsão para as eleições gerais, preconizando ao menos 30% do número de vagas para candidatos às casas legislativas para representantes do gênero minoritário, tratando claramente do feminino, já que é o grupo sub-representado na política. Destaca-se que a cota não está vinculada ao preenchimento dos cargos, como se esperaria de uma política que pretende apresentar mudanças de fato na composição do plenário.

Na mesma linha supostamente inclusiva, a Lei nº 9.096/95, alterada pelas Leis nº 12.034/09 e 13.165/15, estabelece que 5% dos recursos do Fundo Partidário sejam aplicados na criação e manutenção de programas de promoção da participação política das mulheres, e que 10% do tempo destinado à propaganda partidária, no rádio e na televisão, sejam utilizados para a mesma finalidade. Necessário destacar que esta regra afeta apenas a propaganda partidária, inexistindo qualquer garantia de que o partido promoverá candidaturas femininas durante a propaganda eleitoral.

Mais recentemente, a Lei nº 13.165/2015 previu em seu artigo 9º que, nas três eleições seguintes "os partidos reservarão, [...] no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas". Causa estranhamento a fixação de um teto máximo de 15%, uma vez que as candidaturas femininas correspondem a, pelo menos, 30% do total. Ainda, nos artigos 10º e 11º, a Lei aumentou o percentual de tempo da propaganda partidária gratuita a ser destinado à promoção e difusão da participação feminina na política para 20% nas duas eleições que se seguissem à publicação da lei e para 15% nas duas que se seguissem a estas, percentuais mais uma vez questionáveis.

Nas eleições municipais de 2016, regidas pelas mudanças promovidas pela Lei nº 13.165/2015, o quadro foi bastante desanimador: em um universo de 32% de candidatas para câmara municipal, dos 63.337 cargos em disputa, apenas 8.461 (13,51%) das eleitas foram mulheres[55]. Registre-se que a variação de eleitas desde 2000 é de apenas 0,88%, quando eram 12,63%.

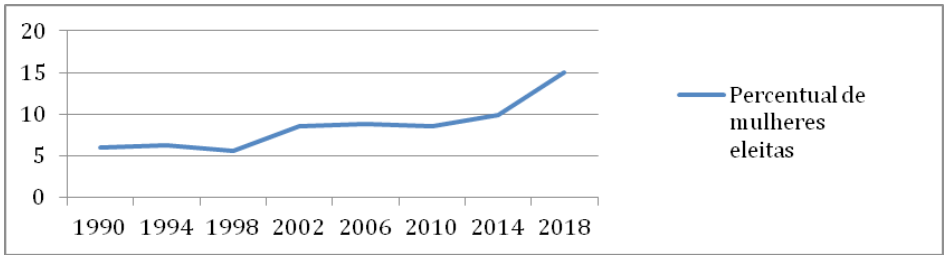
Já nas eleições gerais, a partir dos dados históricos disponibilizados pelo Inter-Parliamentary Union[56] e pela Organização dos Estados Americanos[57], é possível verificar que o percentual de participação feminina na Câmara dos Deputados pouco variou entre os anos de 1990 e 2014, mas o crescimento foi um pouco mais expressivo em 2018:

55 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas Eleitorais 2016 – Resultados*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-anteriores/estatisticas-eleitorais-2016/resultados>. Acesso em: 25 out. 2017.

56 INTER-PARLIAMENTARY UNION. *Parline database*. Disponível em: <http://www.ipu.org/parline-e/parlinesearch.asp>. Acesso em 25 out. 2017.

57 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório Final da Missão de Observação das Eleições Gerais de 2018 no Brasil. *Base de dados OAS*. Disponível em < http://www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf >. Acesso em: 23 mar. 2019.

Gráfico 2 – Percentual de mulheres eleitas no Brasil entre 1990 e 2014 – Casa Baixa[58]



Fonte dos dados: Inter-Parliamentary Union

Portanto, a eleição de mulheres para a Câmara dos Deputados passou de 5,96% em 1990 para 9,94% em 2014, uma variação de meros 3,98% em um período de 14 anos no qual se implementou a política de cotas de gênero nas candidaturas. Cabe investigar os motivos para a variação de 5,06% nos últimos 4 anos, diante dos 15% de mulheres eleitas para o parlamento em 2018.

O pequeno aumento no número de mulheres eleitas até 2014 não pode ser atribuído às mudanças legislativas: essa variação é natural diante do progresso e da maior participação das mulheres na política – inclusive fora das instâncias institucionais – ao longo dos anos. De fato, a inclusão das mulheres no mercado de trabalho e a evolução da igualdade de gênero nos diversos âmbitos da sociedade evoluem em um ritmo bem mais acelerado, com a disparidade em evidência quando se analisa cargos de liderança em geral.

A discrepância entre os números de candidatas e eleitas pode ser explicada por diversos fatores: a apresentação de candidaturas laranjas[59], a falta de apoio e visibilidade por parte dos partidos políticos, o capital social diferenciado que favorece os homens e se traduz na dificuldade de obter financiamento para as campanhas[60], em uma realidade na qual os partidos supostamente destinam para elas apenas a quantia mínima do Fundo Partidário.

Nesse sentido, a reforma política de 2017, que consistiu na promulgação das Leis nºs 13.487 e 13.488, além da Proposta de Emenda à Constituição nº 97/2017, em nada contribui para a mudança desse quadro, com nenhum dispositivo destinado à inclusão feminina na política[61]. Pelo contrário,prejudicou-a.

58 Gráfico extraído de: SANTOS, Polianna Pereira dos.; BARCELOS, Júlia Rocha de. Direitos Políticos das Mulheres e a regulamentação legal das cotas de gênero: resultados em Bolívia, Peru e Brasil. In: CONGRESOS LATINOAMERICANOS DE CIENCIA POLÍTICA, 8., 2015, [S.l.]. *Anales*... [S. l.]: ALACIP, v. 1, 2015. p. 36-59.

59 Candidatas laranjas são mulheres apresentadas pelos partidos políticos como candidatas sem seu conhecimento, consentimento ou sem a intenção de disputar de fato o pleito, apenas para preencher a cota de 30% de candidatas. A existência desse fenômeno é comprovada pela análise do aumento exponencial de candidatos com zero votos: enquanto nas eleições de 2008 foram 5.210, nas eleições que seguiram a entrada em vigor da regra de 30% os números foram 24.840 em 2012 e 18.577 em 2016. Nestas últimas, 85,90% eram mulheres. Dados apresentados pela então Ministra do TSE Luciana Lóssio em reunião realizada em 04.11.2016 para debater medidas para aumentar a participação da mulher na política.

60 SACCHET. op. cit.

61 Versões anteriores das propostas de leis continham dispositivos nesse sentido, que foram descartadas das versões finais. O Projeto de Lei nº 8.612/2017 que culminou na edição da Lei 13.488/2017 previa, por exemplo, a necessidade de composição de chapa para o executivo com ambos os sexos, além de determinar, na eleição para o Senado Federal em que o partido ou coligação apresentasse duas candidaturas, que uma das vagas seria preenchida com candidato do sexo masculino e a outra com candidata do sexo feminino. A PEC 134, nunca votada, prevê um percentual mínimo de representação de gênero nas três legislaturas seguintes, respectivamente, de 10, 12, e 16%.

A Lei nº 13.487/2017, responsável por instituir o Fundo Especial de Financiamento de Campanha, extinguiu a propaganda partidária no rádio e na televisão, revogando as regras citadas anteriormente que estabeleciam um tempo mínimo a ser obrigatoriamente dedicado à promoção e difusão da participação feminina.

Assim, o poder legislativo fez a opção consciente por manter o *status quo,* deixando de votar ou mesmo afastando expressamente dispositivos destinados a aumentar a presença de mulheres nos espaços deliberativos institucionais. Ainda eliminou uma das poucas normas que se prestava à finalidade de promover a participação política da mulher, ainda que sua eficácia fosse questionável. Por fim, deixou passar a chance de corrigir dispositivo manifestamente inconstitucional que estabelece teto de recursos a ser investido pelo partido em candidaturas femininas[62].

Portanto, não parece que alguma modificação legislativa seja a causa do primeiro aumento minimamente significativo nos resultados das eleições de 2018 – de 51 para 77 mulheres eleitas. Acredito que possa ser consequência de um fortalecimento do movimento feminista e maior engajamento com as campanhas de participação da mulher na política organizadas principalmente pela sociedade civil[63], mas principalmente por provocações feitas ao judiciário.

Em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617/DF[64] sobre o art. 9º da Lei nº 13.165/2015, determinando que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário deve observar a exata proporção das candidaturas de ambos os gêneros, sendo destacado, ainda, que a adoção da regra deve perdurar enquanto justificada a necessidade de composição mínima de candidaturas femininas.

A Suprema Corte entendeu que o princípio da igualdade não permite que o partido político crie distinções na distribuição desses recursos exclusivamente baseadas no gênero, como ocorria com os percentuais de 5 a 15%. Os Ministros consideraram a única interpretação constitucional admissível aquela que determina aos partidos políticos a distribuição dos recursos públicos destinados à campanha eleitoral na exata proporção das candidaturas de ambos os gêneros, sendo o patamar mínimo de 30%, em vista do disposto no art. 10, § 3º, da Lei de Eleições.

Quanto ao prazo de três eleições para a destinação mínima dos recursos, foi considerado inconstitucional "porquanto a distribuição não discriminatória dos recursos deve perdurar enquanto for justificada a composição mínima das candidaturas".

Após o julgamento da ADI, em consulta formulada por um grupo de 14 parlamentares mulheres, o plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) fixou entendimento unânime de que o Fundo Eleitoral e o tempo de rádio e TV devem

62 SANTOS, Polianna Pereira dos.; BARCELOS, Júlia Rocha de; PORCARO, Nicole Gondim. Participação da mulher na política: as reformas políticas que temos e as que queremos. In: PINTO, Amanda Luiza de Oliveira, et. al. (Org.). *Reformas legislativas de um estado em crise.* [S.l.]: Editora Íthala, 2018.

63 Foram várias as campanhas organizadas pela sociedade civil e pelo terceiro setor, entre elas Campanha de Mulher <http://campanhademulher.org/> e Meu voto será feminista <https://www.meuvotoserafeminista.com.br/>.

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5617/DF. Relator: Min. Edson Fachin, julgado em 15 de março de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico,* Brasília, DF, 23 mar. 2018.

reservar o mínimo de 30% para candidaturas femininas[65]. A Relatora Ministra Rosa Weber disse que "a mudança do cenário de sub-representação feminina na política não se restringe apenas em observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero previstos em lei, mas sobretudo pela imposição de mecanismos que garantam efetividade a essa norma".

Ressaltou ainda que, embora a decisão do Supremo estivesse relacionada à distribuição de recursos do Fundo Partidário, a aplicação da mesma razão de decidir à consulta formulada ao TSE se torna ainda mais necessária em razão de o Fundo Eleitoral ser constituído exclusivamente com recursos públicos.

Os Tribunais Superiores, portanto, vem tentando corrigir as inconstitucionalidades presentes na legislação da política de cotas de gênero, resultando em uma proporção maior de mulheres eleitas em 2018, ainda que partidos políticos persistam em tentar manipular o objetivo, batendo recordes de mulheres em posição de vice e suplência[66], ou fraudar a destinação dos recursos financeiros com candidaturas laranjas[67].

4.3. CAMINHOS POSSÍVEIS DENTRO DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Segundo dados disponibilizados pela Inter-Parliamentary Union sobre a participação das mulheres na política, especificamente na composição do Parlamento, em 2017, o Brasil ficou na 154ª posição entre os 193 países considerados, a pior colocação entre os sul-americanos. O país caiu de colocação desde 2014, quando ficou na 124ª posição entre 189 países.

A experiência internacional e a doutrina deixam claro que a reserva de candidaturas tem resultados significativos em países que adotam o sistema de listas fechadas com alternância de gênero, como Argentina e Bolívia, que possuem, respectivamente, 38,9% e 53,1% de mulheres no parlamento.

No entanto, para o sistema proporcional de lista aberta ser eficaz, exige a reserva de cadeiras ou ao menos medidas mais efetivas em relação ao financiamento e visibilidade das candidaturas. Além, é claro, de uma democratização interna nos partidos políticos e mecanismos que coíbam a discriminação e garantam a inclusão da mulher também nas instâncias decisórias partidárias.

As cotas, nessa sistemática, não podem continuar servindo apenas de paliativos para responder às pressões globais e locais pela adoção de políticas públicas

65 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Fundo Eleitoral e tempo de rádio e TV devem reservar o mínimo de 30% para candidaturas femininas, afirma TSE*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/fundo-eleitoral-e-tempo-de-radio-e-tv-devem-reservar-o-minimo-de-30-para-candidaturas-femininas-afirma-tse>. Acesso em: 02 jun. 2018.

66 Sobre o assunto, ver ensaio de SILVA, Salete Maria da. Eleições 2018: o lugar das mulheres nas chapas majoritárias. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, Salvador, v. 4, n. 4, 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/29349>. Acesso em: 23 mar. 2018.

67 PITOMBO, João Pedro; GARCIA, Guilherme. Potenciais laranjas receberam R$ 15 mi de verba pública de 14 partidos. *Folha de S. Paulo*, Salvador e São Paulo, 15 fev. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/02/potenciais-laranjas-receberam-r-15-mi-de-verba-publica-de-14-partidos.shtml>.; CASO de grande repercussão tem sido o do PSL. *Folha de S. Paulo*, Recife e Brasília, 12 fev. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/02/pf-abre-investigacao-e-chama-candidata-laranja-do-psl-para-depor.shtml >.

de inclusão feminina, prevalecendo nos partidos políticos a cultura de exclusão das mulheres e a discriminação institucionalizada.

Entendemos que o ideal para a realização de uma democracia substancial seja uma política baseada na paridade. Edilene Lôbo[68] defende a divisão das cadeiras em metade para cada gênero[69], na qual a equidade seja "ponto de partida, para, adiante, se realizar uma verdadeira e própria democracia de pares". A paridade requerida pelo ordenamento constitucional brasileiro não se satisfaria com o sistema de cotas porque este "não considera a mulher como a outra face do gênero humano, senão mais um grupo discriminado", como inúmeros outros na sociedade.

Como o sistema proporcional brasileiro é o de lista aberta, esse caminho parece ser o mais acertado. Assim, começando pelo epicentro da democracia deliberativa, nas eleições proporcionais metade dos assentos do Legislativo deveriam ser reservados às mulheres.

Para o aprofundamento ainda maior da democracia, essa regra deve ser estendida ao Senado e a todos os cargos de chefia da Administração Pública direta e indireta. Onde existe o poder, deve existir também a participação paritária.

5. CONCLUSÃO

Tanto a ordem internacional quanto a ordem constitucional exigem o aprofundamento da democracia com a inclusão efetiva das mulheres nos espaços de poder decisórios, especialmente no poder legislativo, instituição deliberativa por excelência. A conjuntura que exclui a mulher na esfera da democracia representativa rebaixa a qualidade da democracia e compromete a efetivação do princípio da participação política igualitária.

Diversos são os fatores discriminatórios que produzem essa sub-representação feminina na política, tanto institucionais quanto socioculturais: a dominação masculina e a discriminação históricas, a socialização diferenciada, a dupla jornada e, principalmente, a resistência dos partidos políticos e a dificuldade de arrecadar os recursos políticos e financeiros necessários para fins eleitorais.

A solução do problema depende da atuação em diversas frentes, com iniciativas que tenham outros focos para além da modificação normativa das leis eleitorais. Inobstante, é evidente a necessidade de políticas afirmativas que corrijam o déficit democrático de participação feminina e garantam essa inclusão, estimulando a democracia de gênero tanto dentro dos partidos quanto nas disputas eleitorais, garantindo visibilidade e financiamento das candidaturas femininas, superando a reprodução das desigualdades sociais na representação.

A sociedade brasileira só poderá ser chamada de democrática quando as mulheres tiverem as mesmas oportunidades, condições e o direito de decidirem

68 LÔBO. op. cit. pg. 49.

69 Os que criticam essa ideia pela relativização do peso de cada voto, parecem ignorar que a complicada matemática dos quocientes eleitorais do sistema político proporcional brasileiro sequer reflete esse valor. Para compreender como os arranjos normativos vigentes prejudicam o *accountablity* vertical de forma que não se consegue verificar no momento do voto quem se está elegendo, ver a obra "Voto e Qualidade da Democracia" de Polianna Santos.

sobre seu destino e o de sua comunidade, na mesma medida de seus pares. Anseia-se pelo momento no qual as barreiras sistêmicas à participação paritária sejam derrubadas, e a evolução social torne medidas afirmativas obsoletas. No entanto, ressoa os dizeres atribuídos a Beauvoir:

> "Nunca se esqueça que basta uma crise política, econômica ou religiosa para que os direitos das mulheres sejam questionados. Esses direitos não são permanentes. Você terá que manter-se vigilante durante toda a sua vida."

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil*: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf >. Acesso em: 26 nov. 2017.

BIROLI, Flávia.; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política*: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de janeiro: Elsevier: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

BRASIL. *Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932*. Decreta o Código Eleitoral. Brasília, DF, 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?&t=resultados> Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5617/DF. Relator: Min. Edson Fachin, julgado em 15 de março de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico,* Brasília, DF, 23 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas do Eleitorado – Eleitores filiados por sexo e faixa etária*. Out. 2016. Disponíveis em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/estatisticas-de-eleitorado/eleitores-filiados-por-sexo-e-faixa-etaria>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas do Eleitorado – Por sexo e faixa etária*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria.>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas Eleitorais 2016 – Resultados*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-anteriores/estatisticas-eleitorais-2016/resultados>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas Eleitorais 2018 – Resultados*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 23 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Fundo Eleitoral e tempo de rádio e TV devem reservar o mínimo de 30% para candidaturas femininas, afirma TSE.* Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/fundo-eleitoral-e-tempo-de-radio-e-tv-devem-reservar-o-minimo-de-30-para-candidaturas-femininas-afirma-tse>. Acesso em: 02 jun. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Relatório das eleições.* 2014. p. 503. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/relatorio_eleicoes/relatorio-eleicoes-2014.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

CASO de grande repercussão tem sido o do PSL. *Folha de S. Paulo*, Recife e Brasília, 12 fev. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/02/pf-abre-investigacao-e-chama-candidata-laranja-do-psl-para-depor.shtml >.

CIDADE 50-50. *Sítio Eletrônico*. Disponível em: <http://www.cidade5050.org.br/>. Acesso em: 27 out. 2017.

COSTA BENAVIDES, Jimena. Women's Political Participation in Bolivia: Progress and Obstacles. In: *Implementation of Quotas*: Latin American Experiences. Lima: International IDEA, 2003. Disponível em: <http://www.quotaproject.org/CS/CS_Costa_Bolivia_25-11-2003.pdf>. Acesso em: 13 out. 2017.

DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. *The Quality of Democracy*. California: Stanford Center on Democracy, Development and the Rule of Law, 2004.

GOHN, Maria da Gloria Marcondes. *História dos movimentos e lutas sociais*: a construção da cidadania dos brasileiros. São Paulo: Ed. Loyola, 2007.

GOUVEIA, Homero Chiaraba. *Cidadania Coletiva*: política da diferença e o princípio da participação. Curitiba: Ed. Juruá, 2017.

GUTMANN, Amy. Introdução. In: TAYLOR, Charles. et al. *Multiculturalismo*: examinando a política do reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 21-44.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

INTER-PARLIAMENTARY UNION. *Parline database*. Disponível em: <http://www.ipu.org/parline-e/parlinesearch.asp>. Acesso em: 25 out. 2017.

LÔBO, Edilene. A paridade como direito fundamental da democracia substancial no Brasil: mulher na política. In*:* OLIVEIRA, A. A. de; RONCAGIOLO, Y. A. (Coord.). *Teorias da Democracia e Direitos Políticos*. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

MANSBRIDGE, Jane. Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent "Yes". *The journal of politics*, v. 61, n. 3, p. 628-657, University of Texas Press, aug. 1999. Disponível em: <https://wappp.hks.harvard.edu/files/wappp/files/should_blacks_represent_blacks_and_women_represent_women_a_contingent_yes1.pdf>.

MIGUEL, Luis Felipe. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. *RBSC*, São Paulo, v. 32, n. 93, fev. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n93/0102-6909-rbcsoc-3293032017.pdf>. Acesso em: 22 out. 2017.

MOISÉS, José Álvaro. SANCHEZ, Beatriz Rodrigues. Representação política das mulheres e qualidade da democracia: o caso do Brasil. In: MOISÉS, José Álvaro (Org.). *O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade*: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/ebooks/o-congresso-nacional-os-partidos-politicos-e-o-sistema-de-integridade>. Acesso em: 02 nov. 2017.

MORAES, Thiago P. B. de. et. al. Mulheres, política e sub-representação. Um estudo sobre a correlação entre qualidade da democracia, ideologia e mulheres nos parlamentos. *Derecho y Cambio Social*, n. 36, Lima, Peru, 2014. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista036/MULHERES_POLITICA_E_SUB-REPRESENTACAO.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2017

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

_____. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*, Pequim, 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório Final da Missão de Observação das Eleições Gerais de 2018 no Brasil. *Base de dados OAS.* Disponível em: <http://www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PHILLIPS, Anne. *The Politics of presence*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

PIRES, Thiago Magalhães. A democracia: da fantasia à representação. *Academia.edu*. Disponível em: <http://www.academia.edu/15057987/A_democracia_da_fantasia_%C3%A0_representa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 10 nov. 2017.

PITOMBO, João Pedro; GARCIA, Guilherme. Potenciais laranjas receberam R$ 15 mi de verba pública de 14 partidos. *Folha de S. Paulo*, Salvador e São Paulo, 15 fev. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/02/

potenciais-laranjas-receberam-r-15-mi-de-verba-publica-de-14-partidos.shtml>.

RODAS, Sérgio. Representatividade feminina. Cotas no legislativo aumentam igualdade feminina sem violar CF**.** In: *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 05 jun. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-05/cotas-mulheres-legislativo-aumentam-igualdade-politica>. Acesso em: 05 nov. 2017.

SACCHET, Teresa. Capital Social, gênero e representação política no Brasil. *Opinião Pública*, Campinas, v. 15, n. 2, p. 307, nov. 2009. Disponível em: <http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8641333>. Acesso em: 05 out. 2017.

SALGADO, Eneida Desirre. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. In: *Estudos Eleitorais*: Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, DF, v.6, n. 3, p. 103, set./dez. 2011.

SANTOS, Polianna Pereira dos. *Voto e Qualidade da Democracia*: as distorções do sistema proporcional brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SANTOS, Polianna Pereira dos.; BARCELOS, Júlia Rocha de. Direitos Políticos das Mulheres e a regulamentação legal das cotas de gênero: resultados em Bolívia, Peru e Brasil. In: CONGRESOS LATINOAMERICANOS DE CIENCIA POLÍTICA, 8., 2015, [S.l.]. *Anales*... [S. l.]: ALACIP, v. 1, 2015. p. 36-59.

SANTOS, Polianna Pereira dos; BARCELOS, Júlia Rocha de; PORCARO, Nicole Gondim. Participação da mulher na política: as reformas políticas que temos e as que queremos. In: PINTO, Amanda Luiza de Oliveira, et. al. (Org.). *Reformas legislativas de um estado em crise.* [S.l.]: Editora Íthala, 2018.

SILVA, Salete Maria da. Eleições 2018: o lugar das mulheres nas chapas majoritárias. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, Salvador, v. 4, n. 4, 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/29349>. Acesso em: 23 mar. 2018.

VASAK, Karel. Human rights: as a legal reality. In: *The international dimensions of human rights*. Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1982, 1. v. Trad. of: Dimensions internacionales des droits de l'homme. UNESCO, Paris, França.

WOLLSTONECRAFT, Mary. *A vindication of the rights of woman*: with strictures on political and moral subjects*.* Nova York: The Modern Library, 2001 [1792].

YOUNG, Iris Mansion. Representação política, identidade e minorias. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a06n67>.

DA (IN)APLICABILIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 A FATOS ANTERIORES À SUA PUBLICAÇÃO, À LUZ DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 929.670/DF

(IN)APPLICABILITY OF COMPLEMENTARY LAW Nº 135/2010 TO FACTS PRIOR TO ITS PUBLICATION, UNDER THE EXTRAORDINARY APPEAL NO. 929.670/DF

Pedro Henrique Fialho *

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar as implicações jurídicas do entendimento exarado no Recurso Extraordinário nº 929.670/DF no que concerne à aplicação das alterações da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, a fatos anteriores à sua publicação. Dividido em dois capítulos, o primeiro comenta, inicialmente, o antecedente histórico da Lei nº 9.840/99. Após, desenvolve-se a história da Lei da Ficha Limpa, retratando as circunstâncias de seu surgimento, que é resultado de iniciativa popular apresentada ao Poder Legislativo após intensa mobilização e pressão social, e sua tramitação no Congresso Nacional. Também há, no primeiro capítulo, exposição das principais alterações feitas pela Lei Complementar nº 135/2010. Finalmente, o derradeiro capítulo dispõe, *ab initio*, acerca do breve histórico do Recurso Extraordinário nº 929.670/DF. Em seguida, examina-se, com maior profundidade, a natureza jurídica do instituto da inelegibilidade. Por fim, analisa-se a inelegibilidade e sua relação com a segurança jurídica inerente ao Estado de Direito.

Palavras-chave: Lei da Ficha Limpa. Inelegibilidade. Retroatividade. Constitucionalidade. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The present work has the objective of analyzing the legal implications of the understanding drawn up in Extraordinary Appeal nº. 929.670/DF regarding the application of the amendments to Complementary Law nº 135/2010, known as the Clean Record Act, to facts prior to its publication. Divided into two chapters, the first discusses, initially, the historical background of Law 9.840/99. After that, the history of the Law of the Clean Record is developed, portraying the circumstances of its emergence, which is the result of popular initiative presented to the Legislative Branch after intense mobilization and social pressure, and its proceedings in the National Congress. There is also, in the first chapter, an exposition of the main changes made by Complementary Law 135/2010. Finally, the last chapter has, *ab*

* Servidor público federal do Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Bahia (TRE-BA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco. Co-autor do livro "Introdução ao Direito Civil: parte geral" (2018), publicado pela IPANEC – Instituto Pan Americano de Educação, Ciências e Cultura.

initio, a brief history of Extraordinary Appeal nº 929670/DF. The legal nature of the institute of ineligibility is then examined. Finally, this work analyzes the ineligibility and its relationship with the legal security inherent to the Rule of Law.

Keywords: Clean Record Act. Ineligibility. Retroactivity. Constitutionality. Legal certainty.

1. INTRODUÇÃO

Neste estudo, será abordado o tema "Da (in)aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 a fatos anteriores à sua publicação, à luz do Recurso Extraordinário nº 929.670/DF", o qual tem sido, nos últimos anos, objeto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais no ordenamento jurídico pátrio, tendo sido, inclusive, matéria recentemente analisada pelo Pretório Excelso em sede de repercussão geral reconhecida.

Com efeito, por um lado, existe um entendimento jurisprudencial majoritário, mormente no Supremo Tribunal Federal, de que a natureza jurídica da inelegibilidade não se caracteriza como sanção, mas, na verdade, como um requisito negativo de adequação do indivíduo ao regime jurídico-eleitoral, conforme se verifica no voto condutor do Ministro Luiz Fux, no supramencionado recurso. Houve, a exemplo da fundamentação adotada em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29 e 30, acolhimento da tese da retrospectividade – e não retroatividade – dos efeitos jurídicos das inovações promovidas pela Lei Complementar nº 135/2010 a fatos pretéritos.

Por outro lado, há severas críticas à tese da aplicabilidade do referido diploma legal a fatos ocorridos no passado, ainda que decidido com trânsito em julgado. Nessa senda, argumenta-se, a exemplo do Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, inicialmente, pela dualidade na natureza jurídica da inelegibilidade, ao contrário da tese acolhida pela Corte Suprema nos últimos anos. De igual sentido, pugna-se pela inaplicabilidade de retroação das disposições da Lei da Ficha Limpa aos fatos pretéritos sobretudo em respeito aos princípios da segurança jurídica, da irretroatividade e da confiança legítima, considerando, principalmente, as disposições constitucionais.

Diante dos argumentos de ambas as partes, trata-se, naturalmente, de uma matéria extremamente polêmica, sobretudo em face da colisão de princípios constitucionais envolvidos. Há, dessa forma, uma demanda por um estudo mais aprofundado acerca do tema.

Nessa toada, o presente artigo será dividido em dois capítulos: "Breve histórico da Lei da Ficha Limpa" e "Da (in)aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 a fatos anteriores à sua edição, à luz do Recurso Extraordinário nº 929670/DF".

No primeiro capítulo, será analisado, inicialmente, um importante antecedente da Lei da Ficha Limpa, qual seja, o processo de iniciativa popular – inédito no Brasil - que resultou na edição da Lei nº 9.840/99. Em seguida, estudar-se-á a origem da Lei Complementar nº 135/2010, com as influências relacionadas a este marco legal. Após, comentar-se-á, brevemente, acerca das principais alterações legais promovidas pela multirreferida Ficha Limpa.

No derradeiro capítulo, há, *ab initio*, breve evolução histórica do Recurso Extraordinário nº 929/670. Em seguida, verifica-se o exame no que concerne à natureza jurídica do instituto da inelegibilidade, em especial, considerando os votos dos Ministros no citado recurso. Por fim, observa-se a relação entre a inelegibilidade e a segurança jurídica inerente ao Estado Constitucional de Direito.

2. A LEI DA FICHA LIMPA: BREVE HISTÓRICO

2.1. DA INFLUÊNCIA DA LEI Nº 9.840/99

Antes de versar acerca da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, é preciso fazer uma digressão histórica ainda maior para entender tal iniciativa histórica de participação popular. Sob esse prisma, teve início, em 1997, a Campanha "Combatendo a Corrupção Eleitoral", introduzida pela Comissão Brasileira de Justiça e Paz (CBJP), órgão da Comissão Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), em continuidade à "Campanha da Fraternidade" lançada pela Igreja Católica em 1996, cujo tema era "Fé e Política". Buscou-se, com isso, a promoção de debates, nas comunidades, de temas como os problemas nas eleições brasileiras.[2]

Ao término da referida "Campanha da Fraternidade", levou-se adiante os questionamentos suscitados nesta, em especial, acerca da compra de votos e o uso eleitoral da máquina pública. Com o auxílio da Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro, vislumbrou-se a utilização de participação popular, prevista pela Carta Política de 1988, para não só se proibir a compra de votos, mas também a possibilidade de se afastar o indivíduo do processo eleitoral[3].

Com a mobilização da sociedade civil, a qual foi responsável pela subscrição de mais de 1 (um) milhão de assinaturas, a Lei nº 9.840/1999 tornou-se a primeira lei de iniciativa popular do país, sob o rito do artigo 61, §2º, da Carta Magna, representando um importante passo para a formação de um sistema eleitoral mais consentâneo aos princípios do ordenamento jurídico nacional[4]. Por intermédio de tal diploma legal, alteraram-se dispositivos da Lei nº 9.504/97 – Lei das Eleições – com o acréscimo do artigo 41-A e o parágrafo 5º do artigo 73, os quais são relacionados à compra de voto e ao uso da máquina eleitoral. Com isso, passou a ser previsto, também na seara eleitoral, a possibilidade de multa e cassação do registro ou diploma eleitoral para quem praticasse as referidas condutas.

Mister se faz salientar que, antes das alterações supramencionadas, a compra de votos era regulada apenas no âmbito do Direito Penal, exigindo-se, para tanto, o trânsito em julgado da condenação a fim de resultar em punição ao sujeito ativo de tal conduta. Isso, todavia, resultava, não raro, em impunidade, haja vista a morosidade inerente ao processo penal, a qual permitia que, recorrentemente, os mandatos fossem concluídos sem que houvesse punição.

2 LEITE, Larissa Reis. *Análise histórica da lei de ficha limpa à luz da accountability*. Brasília: UNB, 2015. Disponível em: < http://bdm.unb.br/bitstream/10483/12755/1/2015_LarissaReisLeite.pdf> Acesso em: 12 mar. 2019. p. 28.
3 Id. Ibidem. p. 29.
4 Id. Ibidem. p. 29.

A respeito de tal mudança legislativa, Márlon Reis destaca a importância da previsão também na seara eleitoral, com a possibilidade de se cassar o candidato que comprasse votos como medida mais efetiva ao ordenamento jurídico:

> Desde 1965, quando foi aprovado o código eleitoral, a legislação prevê como crime a conduta de compra de votos. Isso, entretanto, jamais impediu ninguém de praticar abertamente essa conduta. Ela continua constituindo crime até hoje e continua sendo raramente descoberta e gerando alguma sanção. O que se decidiu, portanto, foi seguir um caminho diferente. Inseriu-se na legislação um dispositivo que determinava a cassação do candidato que comprasse votos, ou seja, a perda do poder, que é o bem mais desejado por quem está se candidatando a um cargo político. É um mecanismo, portanto, que vai direto ao ponto. Isto, sim, revelou-se extremamente eficaz [...][5].

O mesmo autor, inclusive, pontua o impacto da referida lei no âmbito eleitoral: em 2009, cerca de 675 políticos haviam sido cassados por corrupção eleitoral. Antes do ato normativo comentado em testilha, nenhum[6].

2.2. DA ORIGEM DA LEI DA FICHA LIMPA

Apesar dos avanços promovidos pela Lei nº 9.840/99, ainda era possível observar, no contexto dos pleitos eleitorais realizados, a situação de candidatos, cassados com fulcro na compra de votos, retornarem a concorrer nas eleições seguintes, com, não raro, obtenção de êxito. Havia a necessidade e o clamor pela instituição de critérios mais rigorosos no que concerne à vida pregressa do candidato, especialmente após o êxito da iniciativa popular da Lei nº 9.840/99.

Convém pontuar, inclusive, o teor do artigo 14, §9º, da Constituição Federal, o qual prevê, por intermédio de Lei Complementar, a possibilidade de se instituir outros casos de inelegibilidade e respectivos prazos para cessação, a fim de se observar a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições contra expedientes espúrios, a exemplo do abuso do poder econômico e do poder político.

Nesse contexto, a exemplo do que ocorreu com a Lei nº 9.840/99, verificou-se, após esta, intensa mobilização da sociedade civil em busca de trazer concretude ao §9º do artigo 14 da Carta Política, especialmente no que tange à vida pregressa dos candidatos. Em abril de 2008, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), surgido em 2002, composto por entidades da sociedade civil, movimentos, organizações sociais e religiosas, iniciou a "Campanha Ficha Limpa", a qual contou, no seu desenvolvimento, com a adesão de outras entidades, a exemplo da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

5 REIS, Márlon. *O gigante acordado*: manifestações, Ficha Limpa e reforma política. Rio de Janeiro: Leya, 2013. p. 68.
6 Id. Ibidem. p. 72.

Urge asseverar, ainda, que o referido projeto contemplou a subscrição de mais de 1,3 milhões de assinaturas. Dentre elas, um dado não raro esquecido é que mais de 85% dessas assinaturas foram conseguidas em paróquias e dioceses[7].

Em 29 de setembro de 2009, então, o projeto de iniciativa popular da Ficha Limpa foi apresentado à Câmara dos Deputados, transformando-se no Projeto de Lei Complementar nº 518/2009.

A versão inicial do projeto, contudo, era mais rigorosa do que viria a ser, doravante, promulgado, haja vista ter sido defendido, à época, a incidência da inelegibilidade a partir da condenação em primeira instância – e não por órgão colegiado, como atualmente o é. Na visão do então presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, seria problemático deixar nas mãos de um único juiz o poder de barrar a candidatura de político[8].

A despeito das tentativas frustradas de retardar ou até mesmo barrar o multirreferido projeto de lei, em maio de 2010, ele foi aprovado, na Câmara dos Deputados, por 388 votos. Pouco depois, houve aprovação, com emendas, também no Senado Federal. Em 4 de junho de 2010, o referido ato normativo foi sancionado pelo então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, entrando em vigor no dia 07 de junho de 2010. A multimencionada Lei transformou-se na Lei Complementar nº 135/2010, sob a alcunha de "Lei da Ficha Limpa", responsável pela alteração de dispositivos da Lei Complementar nº 64/1990, denominada de Lei de Inelegibilidade.

Não se pode olvidar, ao fim e ao cabo, que a Lei da Ficha Limpa tratou-se, em seu histórico, de um diploma legal emanado de iniciativa popular, em conformidade ao rito do artigo 61, §2º, da Constituição Federal, em expressão da democracia direta, tal como previsto no parágrafo único do artigo 1º da Carta Magna de 1988.

Cuida-se, então, de diploma legal de ululante importância no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo por conta do histórico eleitoral deste país. Impende pontuar, com isso, a relevância da soberania popular, a qual, por intermédio dos meios legalmente disponíveis, fez valer sua vontade diante do cenário político brasileiro.

De igual sentido, o artigo 14, §9º, da Constituição Federal com a Lei Complementar nº 135/2010, adquire concretização, no plano fático, de se observar, em nome dos princípios da moralidade e da probidade, a vida pregressa do candidato.

Nessa perspectiva, ressalta Marlón Reis, a respeito da campanha da Lei da Ficha Limpa:

> Quando alguém começa um debate sobre quem deve ter o controle sobre a viabilidade das candidaturas – o eleitor ou a lei -, digo que é o eleitor mesmo quem deve ter esse controle. O que estamos introduzindo, no entanto, são novos conceitos, não para substituir a cultura política da sociedade brasileira, mas para produzi-la, provocá-la, gerá-la. Porque a verdade

7 CORRÊA, L. P. N. R. M. S. Lei da ficha limpa: breve análise da lei complementar nº 135/2010 e das condições de inelegibilidade. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ago. 2018. Seção Artigos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68333/lei-da-ficha-limpa-breve-analise-da-lei-complementar-n-135-2010-e-das-condicoes-de-inelegibilidade>. Acesso em: 13 mar. 2019.

8 VENTURINI, Lilian. Ficha Limpa: a origem e os efeitos de uma lei contra a impunidade. *Nexo Jornal*, [S.l.], 16 jul. 2018. Atualizado em: 02 ago. 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2018/07/16/Ficha-Limpa-a-origem-e-os-efeitos-de-uma-lei-contra-a-impunidade>. Acesso em: 12 mar. 2019.

> é que antes não havia debate político sobre isso. Sempre se achou que o melhor candidato é o que tem a maior chance de ser eleito, seja ele quem for, mas isso está errado. A campanha pela adoção da Ficha Limpa, portanto, foi feita – à semelhança da campanha pela lei 9840 – com o objetivo de provocar o debate nas comunidades. É este o caráter da iniciativa popular, com seus formulários e conversas individuais. O objetivo maior não é nunca a aprovação da lei, mas a provocação do debate e da mobilização social.[9]

É dizer, a campanha pela adoção da Ficha Limpa não se limitou apenas à adoção de novos aspectos legais no cenário do ordenamento jurídico brasileiro. Para além do ponto técnico, a proeminência do referido diploma legal é verificada sobretudo pela mobilização social e debates surgidos - e fortalecidos - no âmbito do cenário político brasileiro.

2.3. DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS REALIZADAS PELA LEI DA FICHA LIMPA

Dentre as principais alterações promovidas pela Lei Complementar nº 135/2010, encontra-se, primeiramente, a dilatação do prazo de inelegibilidade previsto na Lei Complementar nº 64/1990, de 3 (três) anos para 8 (oito) anos. Outrossim, também foi alterada a exigência do trânsito em julgado para a incidência da referida norma eleitoral, exigindo-se, tão somente, a condenação por órgão colegiado – segunda instância.

Nesse ponto, muito se questionou acerca da possível violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, albergado pelo artigo 5º, LVII, da Lei Maior. Na ótica de juristas, como Saul Tourinho Leal e Erick Pereira, à época do projeto de lei, padeceria do vício de inconstitucionalidade, por privar o cidadão da capacidade eleitoral passiva sem que haja condenação irrecorrível[10].

Contudo, na visão de outros juristas, a exemplo de Guilherme Pessoa Franco de Camargo, em defesa da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, o processo penal e o eleitoral são distintos, de forma que, quanto ao princípio da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, LVI, da Carta Magna de 1988, deve ser este ponderado em face de outros princípios constitucionais, como o da Probidade Administrativa e o da Moralidade Pública. Por isso, prioriza-se, em nome do interesse público, a vida pregressa do candidato. Ademais, de acordo com o referido autor, inexiste, liberdade pública absoluta. Com efeito, não haveria desrespeito ao princípio constitucional da não culpabilidade[11].

Mister se faz anotar, também, a ampliação das hipóteses de inelegibilidade dispostas pela Lei Complementar nº 64/1990, com o acréscimo dos crimes contra o patrimônio privado e os da lei de falências, contra o meio ambiente e a saúde pública; o crime de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação

9 REIS, Marlón. *O gigante acordado*: manifestações, Ficha Limpa e reforma política. Rio de Janeiro: Leya, 2013. p. 88-89.

10 BATISTA, Eurico. Presunção de culpa: lei da ficha limpa é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 maio 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mai-19/lei-ficha-limpa-aprovada-congresso-inconstitucional-dizem-juristas#author>. Acesso em: 13 mar. 2019.

11 CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de. A lei da ficha limpa e a revolução eleitoral. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 16, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13007&revista_caderno=28>. Acesso em: 13 mar. 2019.

à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício da função pública; crimes de lavagem de dinheiro; racismo, tortura, terrorismo e os crimes hediondos; de redução à condição análoga a de escravo e contra a vida e a dignidade sexual.

Nesse aspecto, é interessante observar a restrição promovida pela Lei da Ficha Limpa quanto aos crimes eleitorais: antes, todos eles geravam inelegibilidade. Agora, somente aqueles sancionados com pena privativa de liberdade.

A despeito de todas as controvérsias jurídicas suscitadas, o Pretório Excelso, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 29/DF e nº 30/DF, bem como da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4578/DF, todas de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgadas entre os dias 15 e 16/2/2012, julgou constitucionais as alterações promovidas pela multirreferida Lei da Ficha Limpa.

A importância de tais alterações foram – e ainda são – clarividentes. Guilherme Pessoa Franco de Camargo, por exemplo, defende a ideia de revolução eleitoral no âmbito do ordenamento jurídico, com efeitos positivos imediatos e caráter educacional da referida medida:

> As alterações trazidas pela Lei da Ficha Limpa representaram uma verdadeira revolução eleitoral, poderosa arma de depuração da política brasileira. O cenário político brasileiro começa a ser reformado, vitória de uma sociedade mais participante, consciente e fiscalizadora. Os "donos do poder" começaram a sofrer as primeiras baixas e o tapetão judicial que ocorria até a publicação da Lei Complementar n.º 135/2010 resta prejudicado. O TSE e os TRE's de todo Brasil têm aplicado de forma rígida e eficaz, na maioria dos casos, a nova lei. O reflexo positivo foi imediato na formulação das chapas para as eleições de 2012 e o caráter educacional terá efeitos em poucos anos, sem contar a valorização do voto do eleitorado, pela exigência de ética e moralidade no trato da gestão administrativa quando no exercício de algum cargo público.[12]

De fato, o que se observa é, desde a publicação da Lei nº 135/2010, um progressivo engajamento por parte da sociedade brasileira, paulatinamente mais exigente quanto ao cenário político apresentado. A mudança de mentalidade, porém, não se restringiu à população, porquanto também vista no âmbito dos tribunais nacionais – cada vez mais exigentes quanto às determinações legais relacionadas à ética e à moralidade. É, consoante bem definiu Camargo, uma verdadeira revolução eleitoral.

12 CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de. A lei da ficha limpa e a revolução eleitoral. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 16, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13007&revista_caderno=28>. Acesso em: 14 mar. 2019.

3. DA APLICABILIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 A FATOS ANTERIORES A SUA PUBLICAÇÃO

3.1. BREVE HISTÓRICO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 929670/DF

Em outubro de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do Recurso Extraordinário nº 929.670/DF, com repercussão geral reconhecida, por maioria dos votos, decidiu que a condenação, pela Justiça Eleitoral, por abuso de poder econômico ou político, em Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), com decisão transitada em julgado, com fulcro no artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar nº 64/1990, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea "d", na redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registro de candidatura em trâmite.

Ou seja, sedimentou-se, no Pretório Excelso, a validade de aplicação do prazo dilatado de 8 (oito) anos de inelegibilidade àqueles que foram condenados, pela Justiça Eleitoral, por abuso de poder econômico ou político, anteriormente à edição da Lei Complementar nº 135/2010 – Lei da Ficha Limpa.

No caso em testilha trazido à lume, tratou-se de Recurso Extraordinário interposto por um vereador de Nova Soure-BA, com fundamento no artigo 102, III, a, da Constituição Federal, em face de acórdão proveniente do Tribunal Superior Eleitoral, o qual manteve o indeferimento do registro de candidatura formulado pelo citado indivíduo. Na origem, tratou-se de cidadão condenado, em sede de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), com cassação do diploma e a declaração de inelegibilidade por 3 (três) anos, com espeque na prática de abuso de poder econômico. O referido *decisum* transitou em julgado em 2004.

Nas eleições municipais de 2008, o referido político logrou êxito no pleito e foi eleito para mais um mandato na Câmara Municipal da localidade. Contudo, na eleição de 2012, seu registro de candidatura foi indeferido com fulcro na Lei da Ficha Limpa, a qual, como cediço, dilatou o prazo de inelegibilidade, previsto na Lei de Inelegibilidade, de 3 (três) para 8 (oito) anos, e que, por decisão das Cortes Superiores, só poderia ser aplicada a partir das eleições de 2012, por força do princípio da anterioridade eleitoral, consubstanciado no artigo 16 da Lei Maior.

Irresignado com a decisão de indeferimento do registro de candidatura, o indivíduo recorreu ao Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, tendo sido negado provimento ao recurso. Novamente insatisfeito, recorreu ao Tribunal Superior Eleitoral, com repetida negativa de provimento aos recursos interpostos. Em nova insatisfação, recorreu ao Pretório Excelso.

Sob essa perspectiva, cingiu-se a controvérsia jurídica acerca da violação ou não das garantias constitucionais da segurança jurídica, em especial, da coisa julgada, e da irretroatividade da lei mais gravosa, dispostas no artigo 5º, XXXVI e XL, da Constituição Federal, em conflito aos princípios da moralidade e probidade, considerando a vida pregressa do candidato, relacionados no artigo 14, §9º, da Carta Política.

Distribuído por prevenção ao Ministro Ricardo Lewandowski, este votou pelo provimento do recurso interposto pelo supramencionado vereador, isto é, pela

inaplicabilidade do prazo dilatado de 8 (oito) anos aos processos anteriores à publicação da Lei da Ficha Limpa, sendo acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes. À época, o Ministro Luiz Fux pediu vistas do processo, com posterior devolução e voto contrário ao provimento do recurso interposto pelo político.

Ao fim, reconheceram como constitucional a retroatividade da aplicação dos efeitos da Lei da Ficha Limpa, *in casu*, os Ministros Luiz Fux, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli e a presidente da Corte, ministra Cármen Lúcia. Restaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, relator originário, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Em março de 2018, aprovou-se, no Pretório Excelso, a tese de repercussão geral proposta pelo Ministro responsável pelo voto vencedor do processo, Luiz Fux:

> A condenação por abuso do poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral, transitada em julgado, ex vi do artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar 64/90, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea "d", na redação dada pela Lei Complementar 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registros de candidatura em trâmite.[13]

Na referida sessão plenária, o Ministro Ricardo Lewandowski propôs a modulação dos efeitos da decisão, para que a aplicação só incidisse a partir dos registros de candidaturas referentes às eleições de 2018, consubstanciado na proteção da confiança dos eleitores. Contudo, tal proposição foi rejeitada pelo plenário da Corte.

3.2. DA NATUREZA JURÍDICA DA INELEGIBILIDADE

Ao se questionar acerca da possibilidade de aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 a fatos pretéritos, calcada no aumento do prazo de inelegibilidade de 3 (três) para 8 (oito) anos, no caso em questão, deve-se estudar, antes de tudo, a natureza jurídica do instituto da própria inelegibilidade. A depender da resposta, verificar-se-á se é o caso ou não de retroatividade máxima, essencial para o deslinde da questão, e indagar a constitucionalidade da multirreferida aplicação, conforme ressaltado, inclusive, em sede do voto condutor de Luiz Fux.

Tradicionalmente, a doutrina eleitoral, a exemplo de José Jairo Gomes, manifesta-se pela dualidade na natureza jurídica da inelegibilidade: como hipótese de inelegibilidade-sanção, comumente denominada de inelegibilidade-cominada, a exemplo do que dispõe o artigo 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/1990 ou como as hipóteses do artigo 1º, inciso I, as quais seriam apenas uma inadequação do cidadão ao regime jurídico eleitoral, constitucional e complementar:

> Sob tal perspectiva, afigura-se correta afirmação de que a inelegibilidade apresenta duplo fundamento. De um lado, pode ser efeito direto ou indireto da decisão condenatória pela prática de ilícito, tendo, portanto, natureza de sanção. De outro, liga-se à

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Fixada tese de repercussão geral em RE sobre aplicação do prazo de inelegibilidade anterior à aprovação da Lei da Ficha Limpa.* Brasília, DF, 01 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371099>. Acesso em: 12 mar. 2019.

> adequação da situação do cidadão ao regime jurídico-eleitoral em vigor, sem que na origem exista uma sanção por prática de ilícito[14].

Três são, via de regra, os principais argumentos utilizados pelos doutrinadores favoráveis à tese da natureza sancionatória. Primeiramente, a inelegibilidade sanção seria decorrente da prática de um ato ilícito perpetrada pelo cidadão, em que este, por consequência, teria seu *jus honorum* restringido. Esse seria o caso, por exemplo, da hipótese de abuso de poder econômico ou político prevista no artigo 22, inciso XIV, da Lei de Inelegibilidade. Nesse caso, a decisão inelegibilidade teria caráter constitutivo-positivo[15]. As demais inelegibilidades, por sua vez, seriam provenientes de condições pessoais dos cidadãos, isto é, seriam inatas. Restaria, assim, ao judiciário eleitoral a declaração da inelegibilidade pelo desatendimento aos requisitos legais de candidatura. A decisão judicial, pois, teria natureza declaratória.

No que concerne ao caráter constitutivo-positivo da decisão judicial relacionada à inelegibilidade sanção, José Jairo Gomes, não obstante também defender tal natureza, pontua que deve ser declarada em decisão judicial, para surtir efeito no processo de registro de candidatura. Esse fato em nada desnatura o caráter sancionatório da inelegibilidade-cominada, nem sequer pelo fato da necessidade de realização de teste de adequação do postulante a cargo político ao regime jurídico eleitoral no momento da formalização do registro de candidatura[16].

Em segundo lugar, aponta-se como argumento a própria redação do artigo 22, XIV, da Lei de Inelegibilidade, em que o próprio nome jurídico relacionado ao instituto, atribuído expressamente pelo legislador pátrio, foi "sanção", além do verbo "cominar". Tal fato é reiteradamente ressaltado pela doutrina eleitoral[17]. Insta pontuar, nesse diapasão, que a lei não contém palavras inúteis, conforme conhecido brocardo jurídico. Na ótica de Luiz Fux, porém, o emprego no termo, nesse caso, foi uma *atecnia* do legislador.

Por fim, a inelegibilidade-cominada seria aplicada por meio do título judicial que reconhece alguma das condutas abusivas do artigo 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/90. Assim, o magistrado procederia, na decisão judicial, com a declaração de inelegibilidade, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado. As demais hipóteses do artigo 1º, I, ao revés, não se cominaria a inelegibilidade, já que esta somente seria aferida no momento do registro de candidatura, caso o cidadão assim manifestasse o direito de concorrer a um pleito eleitoral. Ficaria a inelegibilidade, pois, em estado de latência. Neste caso, seria apenas um efeito secundário ou reflexo, e não uma sanção[18].

Essa concepção de dualidade no que concerne à inelegibilidade, foi defendida, por exemplo, pelo Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, nos autos

14 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 198.

15 FRAZÃO, Carlos Eduardo. Revisitando o art. 22, XIV, da LC n. 64/1990: a inconsistência teórica da dicotomia entre inelegibilidades como efeitos secundários (art. 1º, I) e como sanção (art. 22 XIV) e a discussão no RE 929.670/DF. In: *Pontos controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa*. Belo Horizonte: Del Rey; ANPR, 2016. p. 80.

16 GOMES. José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 197-199.

17 MACHADO, Raquel Cavalcante Ramos. *Direito Eleitoral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 196.

18 FRAZÃO, Carlos Eduardo. Revisitando o art. 22, XIV, da LC n. 64/1990: a inconsistência teórica da dicotomia entre inelegibilidades como efeitos secundários (art. 1º, I) e como sanção (art. 22 XIV) e a discussão no RE 929.670/DF. In: *Pontos controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa*. Belo Horizonte: Del Rey; ANPR, 2016. p. 81.

do Recurso Extraordinário nº 929.670/DF. De acordo com ele, com base nos ensinamentos doutrinários de Adriano Soares da Costa, nem toda inelegibilidade possui natureza sancionatória, a exemplo, como já explanado, do que ocorre com a inelegibilidades inatas, as quais decorrem da ausência de condição de elegibilidade. Isto é, são situações jurídicas lícitas, a exemplo da inelegibilidade reflexa prevista no artigo 14, §7º, da Constituição da República de 1988[19].

Por outro lado, existe, no ordenamento jurídico, inelegibilidade com natureza jurídica de sanção, decorrente de decisão judicial anterior, ainda que anterior às alterações da Lei Complementar nº 64/90, o que seria caracterizado como "inelegibilidade cominada".

A esse respeito, o jurista Adriano Soares da Costa, o qual serve de base para o voto do Ministro decano, advoga pela natureza sancionatória da inelegibilidade, como sanção a prática de um ato ilícito, da qual obsta o exercício do direito subjetivo ao registro de candidatura:

> Sempre insisti nesse ponto, descurado por muitos: uma coisa é o direito subjetivo ao registro de candidatura, nascido do fato jurídico complexo do preenchimento das condições de elegibilidade; outra coisa, porém, é o direito de ser votado, a elegibilidade, nascido do fato jurídico do registro de candidatura. A inelegibilidade cominada potenciada obsta o exercício daquele direito ao registro de candidatura, como sanção pela prática de algum fato ilícito.
>
> Assim, quando o ordenamento prescreve que não se pode registrar candidato inelegível está simplesmente dando concretude à natureza sancionatória da inelegibilidade cominada. Aliás, a única finalidade da inelegibilidade cominada potenciada é obstar o exercício do direito ao registro, se existente antes do pedido de registro, ou cancelá-lo, se superveniente[20].

Esse posicionamento foi vencido na Corte Suprema, liderada pelo voto condutor do Ministro Luiz Fux, no Recurso Extraordinário nº 929670/DF. De acordo com ele, inexiste caráter sancionatório no que concerne à inelegibilidade. Ao revés, para o Ministro, trata-se de simples opção político-legislativa, que limita o cidadão de acesso a determinado cargo eletivo, em nome da moralidade e da probidade administrativa. Corrobora-se com isso o entendimento sufragado pelo Pretório Excelso nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30, de relatoria do próprio Fux, no qual se decidiu pela natureza jurídica da inelegibilidade como requisito negativo de adequação do indivíduo ao regime jurídico do processo eleitoral. Afastou-se, na concepção do jurista em tela, na oportunidade, o caráter sancionatório ou punitivo das hipóteses de inelegibilidade glosadas na Lei Complementar nº 64/90.

Trata-se a inelegibilidade, em verdade, na visão do Ministro Luiz Fux, de um efeito secundário ou reflexo da condenação, plenamente cabível a fatos preté-

19 COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade, ficha limpa e registro de candidatura*: novas (velhas) considerações teóricas. Disponível em: <http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/2010/08/teoria-da-inelegibilidade-ficha-limpa-e.html>. Acesso em: 15 mar. 2019.

20 COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade, ficha limpa e registro de candidatura*: novas (velhas) considerações teóricas. Disponível em: <http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/2010/08/teoria-da-inelegibilidade-ficha-limpa-e.html>. Acesso em: 15 mar. 2019.

ritos, ainda que haja o trânsito em julgado, consoante modificações da Lei da Ficha Limpa. Nesse prisma, conforme ensina o Ministro, tanto a inelegibilidade plasmada no artigo 1º, inciso I, alínea d, como no artigo 22, XIV, ambos da Lei Complementar nº 64/90, o reconhecimento do abuso do poder político ou econômico somente irão refletir na esfera jurídico-eleitoral do cidadão se, e somente se, este proceder com a formalização do registro em eleições vindouras, em situações iguais às demais causas de inelegibilidade da Lei da Ficha Limpa. Não formalizado o registro de candidatura, estaria a inelegibilidade em estado de latência, sem repercussão na esfera eleitoral, ainda que expressamente constante em título judicial. Vale repisar, no entendimento do jurista: afigura-se irrelevante a circunstância de inelegibilidade constar – ou não – expressamente no título judicial condenatório da prática de abuso do poder econômico ou político, por força do artigo 1º, inciso I, alínea d.

O voto do Ministro Edson Fachin, no mesmo sentido postulado por Luiz Fux, concluiu, no Recurso Extraordinário nº 929.670/DF, que a inelegibilidade é um requisito negativo de adequação de quem se coloca a concorrer a um pleito eleitoral, a ser aferido no momento do registro de candidatura. Não teria, portanto, natureza jurídica de sanção.

O jurista Carlos Eduardo Frazão, de igual modo, defende que tanto as situações dispostas no inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/2015, quanto do artigo 22, XIV, do mesmo diploma legal, somente são aferidos em posterior formalização do registro de candidatura, inexistindo distinção do regime jurídico:

> A decisão condenatória, nos termos do art. 22, XIV, que declara ou constitui a inelegibilidade, assemelha-se, quanto aos efeitos jurídicos-eleitorais, às demais hipóteses das alíneas do art. 1º, I. Em termos mais singelos: a decisão que reconhece a inelegibilidade, a teor do art. 22, XIV, somente produzirá seus efeitos na esfera jurídica do condenado, se, e somente se, este vier a formalizar registro de candidatura em eleições vindouras, ou em recurso contra a expedição do diploma, em se tratando de inelegibilidades infraconstitucionais supervenientes. Justamente por isso, inexiste fundamento, do ponto de vista lógico-jurídico, para pugnar pela distinção de regime jurídico[21].

Contudo, apesar de Fux levantar a tese de que a inelegibilidade traduz-se como mera inadequação subjetiva ao comando jurídico, constitucional e eleitoral, afastando-se o caráter sancionatório daquela, mister se faz salientar que esse posicionamento não é pacífico nem mesmo nos votos do respeitável jurista em questão. Veja-se, por exemplo, que o próprio Ministro da Corte Suprema, em julgados anteriores, a exemplo do Recurso Ordinário nº 52.812/RJ, julgado no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), reconhece, com fulcro na doutrina de José Jairo Gomes, a existência de uma dualidade na natureza jurídica da inelegibilidade, como dantes já exposto neste trabalho.

Ora, se o próprio Ministro já reconheceu tal dualidade, e, partindo-se do pressuposto aludido por ele mesmo, no voto proferido no multirreferido Recurso

21 FRAZÃO, Carlos Eduardo. Revisitando o art. 22, XIV, da LC n. 64/1990: a inconsistência teórica da dicotomia entre inelegibilidades como efeitos secundários (art. 1º, I) e como sanção (art. 22 XIV) e a discussão no RE 929.670/DF. In: *Pontos controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa*. Belo Horizonte: Del Rey; ANPR, 2016. p. 84.

Extraordinário nº 929.670/DF, que o reconhecimento da figura de inelegibilidade como sanção implicaria em retroatividade máxima, a qual não encontra guarida na Constituição Federal de 1988, em especial, *ex vi* artigo 5º, XXXVI, não merece prosperar a aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 e respectivo aumento de prazo para fatos anteriores a sua aplicação, máxime quando há o trânsito em julgado do *decisum* judicial.

Ainda, conforme, acertadamente, ensina o Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo que não se considere a natureza jurídica da inelegibilidade como sanção – entendimento, como visto alhures, equivocado - há, no plano fático, uma irrecusável limitação ao direito fundamental de participação política, haja vista a restrição à capacidade eleitoral passiva, ainda que de modo temporário. Com efeito, encontra-se sujeita a impossibilidade de interpretação ampliativa, razão pela qual, de incabível aplicação a fatos pretéritos.

A despeito de não se configurar como pena, conforme salientado pelos Ministros, a inelegibilidade, como visto, a depender do caso, pode se configurar como sanção, como é o caso do artigo 22, XIV, da Lei de Inelegibilidade, com o condão, repita-se, de restringir um direito fundamental de 1ª dimensão, constitucionalmente protegido. Retroagir, pois, seria admitir agravamento da situação jurídica do candidato sem permissivo legal à época vigente.

3.3. DA INELEGIBILIDADE E A INDISPENSÁVEL SEGURANÇA JURÍDICA

Como é cediço, no ordenamento jurídico nacional, vige o princípio constitucional da irretroatividade jurídica da lei, insculpido no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna brasileira. Há, no mesmo texto constitucional, a existência de exceções, a exemplo do que dispõe o artigo 5º, inciso XL, com a possibilidade de retroação da lei penal mais benigna ao réu.

No voto condutor do Ministro Luiz Fux, no Recurso Extraordinário nº 929670/DF, defendeu-se, a exemplo do que ele explanou nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30, a aplicação do novo prazo previsto pela Lei Complementar nº 135/2010, a fatos anteriores à sua publicação. Na oportunidade, Fux reiterou tratar-se de clara hipótese de retroatividade inautência ou retrospectividade. Nesta, ocorre a atribuição de novos efeitos jurídicos, a partir da edição da lei, a fatos pretéritos. A retroatividade autêntica, por seu turno, seria vedada pela Lei Maior, conforme já explanado.

Neste aspecto, é preciso tecer breves comentários acerca da divisão realizada pela doutrina constitucional em relação à retroatividade. De acordo com André Prado Marques dos Reis, há, tradicionalmente, três hipóteses: mínima, média e máxima. A primeira, também conhecida como temperada ou mitigada, ocorre quando a lei nova atinge os efeitos futuros dos fatos anteriores. Na média, a retroação também atinge os efeitos pendentes, além dos futuros. Por fim, na retroatividade máxima, a lei nova incide até mesmo quanto aos atos jurídicos perfeitos, a coisa julgada e o direito adquirido. Via de regra, a retroatividade, quando ocorre, é a mínima[22].

22 REIS, André Prado Marques dos. Graus de retroatividade da norma constitucional. *Conteúdo Jurídico*, Brasilia-DF, 09 dez. 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25664&seo=1>. Acesso em: 14 mar. 2019.

Na concepção de Fux, a retrospectividade é diferente da retroatividade mínima. Esta se refere à alteração, por lei, das consequências jurídicas de um ato, ao passo que aquela é a atribuição legal de novos efeitos jurídicos, a partir da edição da lei, a fatos pretéritos. Ainda segundo ele, como ocorre, *in casu*, a retrospectividade, haveria limitação prospectiva ao *jus honorum* – direito de concorrer a cargos eletivos – com base em fatos já ocorridos. Ou seja, a situação jurídica do cidadão, condenado por abuso de poder econômico ou político, foi estabelecida em momento anterior, com os efeitos perdurando no tempo. Sendo assim, haveria aplicabilidade do prazo de 8 (oito) anos a fatos anteriores à publicação da Lei Complementar nº 135/2010.

No voto do Ministro Edson Fachin, entende-se que a inelegibilidade se aplica um fato do passado que se projeta para o futuro. Como é estabelecido pelo artigo 14, §9º, da Constituição Federal, exige-se análise da vida pregressa, assim, os fatos anteriores à candidatura devem ser levados em consideração. Não há, pois, direito adquirido ao prazo anteriormente disposto na Lei Complementar nº 64/90. Impende destacar, nesse turno, que o Supremo Tribunal Federal possui remansosa jurisprudência no sentido de repelir a existência de direito adquirido a regime jurídico.

Sob esse prisma, os argumentos contrários à retrospectividade da Lei da Ficha Limpa não merecem subsistir, na ótica de Guilherme Pessoa Franco de Camargo. De acordo com este, o momento para verificação é o das eleições, no ato do registro de candidatura, em cumprimento às determinações em relação a este ato. Não se trata, pois, de retroatividade, na visão do jurista. Nas palavras dele:

> Um dos maiores questionamentos a nova Lei reside na avaliação de fatos pretéritos, vez que a Lei não pode retroagir para atingir fatos já ocorridos. Contudo, o momento para verificação é o das eleições, no ato do registro da candidatura e, não se trata de retroatividade da lei e sim cumprimento de determinações legais em relação ao ato de registro. A mesma justificativa foi utilizada para a declaração de constitucionalidade da imposição de inelegibilidade não ser caracterizada como pena de cassação de direitos políticos, vez que aquele tratase de requisito de elegibilidade e não sanção. Também restou prejudicada a argüição de afetação da soberania popular, pela seleção prévia dos candidatos, visto que ocorre exatamente o oposto, a valorização da soberania popular pela exigência de probidade e moralidade administrativa do art. 1º, inciso I, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.[23]

De igual modo, o Procurador Regional da República, João Heliofar de Jesus Villar, entende que inexiste violação ao direito adquirido, haja vista que a elegibilidade reconhecida em pleito anterior não integra o patrimônio jurídico do candidato para as demais eleições vindouras, o que, por consequência, não violaria o direito adquirido do cidadão:

23 CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de. A lei da ficha limpa e a revolução eleitoral. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 16, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13007&revista_caderno=28>. Acesso em: 14 mar. 2019.

> O processo eleitoral, em sentido amplo, abre-se um ano antes da eleição, com as regras que regulam, por exemplo, o domicílio eleitoral do candidato, e há um estatuto jurídico ao qual o indivíduo deve se adequar. Se novas regras são estabelecidas para o processo eleitoral que se abre e apresentam um caráter restritivo à capacidade eleitoral passiva, não ofendem direito adquirido algum, na medida em que a elegibilidade reconhecida em eleição passada não integra o patrimônio jurídico do candidato para as eleições vindouras[24].

Por fim, cite-se o posicionamento de Edson de Resende Castro, que defende o entendimento plasmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 929670/DF. Segundo ele, tratou-se de raciocínio que guarda relação direta ao exigido pelo artigo 14, §9º, da Constituição Federal. As circunstâncias estabelecidas pelo legislador complementar seriam dotadas de razoabilidade e proporcionalidade, especialmente para se atender à exigência de legitimidade e normalidade das eleições, bem como da moralidade e probidade do exercício das funções públicas:

> De resto, todas as causas de inelegibilidade agora constantes da LC n. 64/90, acrescida e alterada pela LC n. 135/2010, inclusive o prazo uniforme de oito anos, guardam perfeita relação de subordinação e pertinência com os bens jurídicos fixados no art. 14, § 9º, da CF. Os fatos, situações e circunstâncias estabelecidos pelo legislador complementar como impedimentos ao exercício da capacidade eleitoral passiva, pelo prazo comum de oito anos, traduzem com razoabilidade e proporcionalidade a necessidade de proteção da (i) legitimidade e normalidade das eleições e da (ii) moralidade e probidade para o exercício das funções públicas eletivas. Com efeito, perfeitamente proporcional e razoável afastar das disputas eleitorais – daí das funções públicas eletivas –, por oito anos [...]. Ademais, esses novos padrões de comportamento, que agora traçam o perfil das candidaturas, estão em adequada harmonia com o sentimento de moralidade da sociedade brasileira, manifestada de forma clara e induvidosa inclusive pela subscrição do projeto de lei de iniciativa popular. Nas ADC n. 029 e 030, o STF confirmou a constitucionalidade de todas as novas hipóteses de inelegibilidade[25].

Esse pensamento, porém, data vênia, não merece subsistir.

Nessa toada, o decano da Corte Suprema brasileira, em seu voto no Recurso Extraordinário nº 929.670/DF, ressalta que, mesmo que se considere o efeito imediato de uma lei, não se pode desconsiderar, sob tal argumento, a integridade de um ato jurídico perfeito no qual resultou em coisa julgada material, sob pena de se subverter o núcleo imutável e irreformável do ordenamento constitucional. Por isso, Celso de Mello, corretamente, ensina que atribuir uma nova consequência

24 VILLAR, João Heliofar de Jesus. Inelegibilidade decorrente de abuso de poder econômico ou político: art. 1, I, "d", da lei complementar nº 64/1990. In: *Pontos controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa*. Belo Horizonte: Del Rey; ANPR, 2016. p. 113.
25 CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 9. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 163.

jurídica a um ato exaurido é, de toda sorte, desrespeitar os valores constitucionais, especialmente àqueles previstos no artigo 5, XXXVI, da Carta Política.

Haveria, pois, no presente caso, na visão do respeitável decano, retroatividade e não retrospectividade, conforme militado por Luiz Fux. Essa parece ser a posição mais razoável à presente hipótese estudada.

Ainda conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, a intangibilidade do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido impede que o ato estatal superveniente venha a desconstituir situação jurídica definitivamente constituída ou, ainda, atribuir, de forma inovadora, efeito restritivo de direitos, como é o caso presente, do direito fundamental à participação política. Visa-se, com isso, a estabilidade e a segurança jurídica das relações, preservando-se a paz social.

Gilmar Mendes, em seu voto, no recurso paradigma em análise, considera os direitos políticos como direitos fundamentais, protegidos pela Constituição Federal, em seu artigo 60, §4º, IV, sem possibilidade de disposição, e, pois, de retroação para prejudicá-los.

A retroatividade, então, deve ser exceção e não a regra no ordenamento jurídico pátrio. Vale mencionar, inclusive, a argumentação recorrente no sentido de se afastar a inelegibilidade como pena. Logo, não se estaria abrangida pelo artigo 5º, XL, da Constituição Federal. Contudo, é cediço que o princípio da irretroatividade não é exclusividade desse dispositivo, tampouco da seara penal. Abrange, também, as demais áreas do direito, sobretudo do ramo eleitoral.

Esse pensamento é comungado, por exemplo, por Marco Aurélio Mello, que, à guisa da inteligência do princípio da anterioridade eleitoral, presente no artigo 16 da Constituição Federal, tido, majoritariamente, como cláusula pétrea, deve-se, em nome da segurança jurídica, adotar-se extrema cautela na seara eleitoral. Descabe-se, pois, retroação das medidas implantadas pela Lei Complementar nº 135/2010.

Há severas críticas no que tange à aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa também no campo doutrinário. Milton Cordova Junior, por exemplo, defende a possibilidade de recurso à Organização dos Estados Americanos (OEA), mais especificamente, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base no artigo 44 do Pacto de San José da Costa Rica, haja vista a violação ao princípio da legalidade e irretroatividade, constitucionalmente albergado e previsto no artigo 9º da Convenção da OEA[26].

A adoção da tese da retrospectividade, como defende Luiz Fux, que, em verdade, caracteriza-se, na hipótese em tela, como retroatividade, colide, direta e frontalmente, com o *jus honorum* dos cidadãos, especialmente quanto à confiança legítima destes com a lei à época vigente. Não se pode, com efeito, restringir o direito à participação política, enquanto direito fundamental que encontra guarida na Constituição Federal, simplesmente em nome da moralidade e probidade administrativa. O artigo 14, §9º, da Constituição Federal, como recorrentemente se parece fazer crer, não deve ser tido como ilimitado. Assim, o permissivo constitucional referente à possibilidade de lei complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade e de prazos para cessação não remete à permissão de desconstituir

26 CORDOVA JUNIOR, Milton. Retroatividade da Lei da Ficha Limpa. O Supremo Tribunal Federal não é o limite. *Revista Jus Navigandi*. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2681, 3 nov. 2010. Seção Artigos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17753>. Acesso em: 15 mar. 2019.

situações jurídicas já albergadas pelo manto da coisa julgada material e formal. Destarte, o combate ao abuso do poder econômico ou político deve ser pautado à luz dos demais princípios constitucionais, por meio da técnica na ponderação, sob uma interpretação sistemática, para não se subverter a segurança jurídica do sistema.

Demais disso, mesmo que se considere que a inelegibilidade, ainda que a disposta no artigo 22, XIV, da Lei de Inelegibilidade, somente é verificável se, e somente se, ocorrer o registro de candidatura, o fato é que se alimentou, à época da condenação por abuso de poder econômico ou político, a legítima expectativa de ser inelegível por um prazo determinado em lei de acordo com a lei vigente no momento do título judicial condenatório. Dilatar o prazo é alterar as regras do jogo em andamento, o que não se mostra razoável, tampouco legal, na atualidade. Esse fato é ainda agravado para as situações em que a decisão judicial transita em julgado e se exaure o lapso temporal imposto à época.

Nesse diapasão, Cid Marconi Gurgel de Souza, desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, salienta:

> Destarte, o princípio da segurança jurídica, especialmente sob a forma do subprincípio da proteção da confiança, exige "leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos" (CANOTILHO, 1995, p. 372). Assim, não se pode admitir a retroação de legislação superveniente mais severa em detrimento das legítimas expectativas dos cidadãos, eleitores ou candidatos a cargos eletivos[27].

Afirmar inexistir agravamento no caso multirreferido, sob a perspectiva de apenas inserir mais um requisito negativo de candidatura, a pretexto de se caracterizar como uma cláusula *rebus sic standibus*, é, mais uma vez, trair a previsibilidade das relações jurídicas.

Noutro giro, a alteração do lapso temporal da inelegibilidade, de fato, não altera o cumprimento da pena imposta por *decisum* condenatório, que deve ser cumprida anteriormente ao prazo daquela. Porém, ainda nesse caso, nos termos da redação do artigo 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/1990, o título judicial condenatório também fixa o prazo de inelegibilidade, no qual deve o indivíduo cumprir. Novamente, fere-se a previsibilidade das relações jurídicas.

Não se nega, por conta disso, os avanços essenciais promovidos pela Lei da Ficha Limpa, especialmente em um país com reiteradas práticas patrimonialistas, abusivas e desonestas, em contrariedade aos princípios caros do Direito Eleitoral. É, consoante denominou o Ministro Luiz Fux, um "Estatuto da Moralidade do Processo Eleitoral", marco legal para o contínuo e necessário avanço nas eleições doravante realizadas.

Porém, não se pode, a pretexto de se valorizar a probidade, a ética e a moralidade, adotar-se entendimento diametralmente oposto aos princípios da segurança jurídica, da confiança legítima, do devido processo legal e da irretroatividade

27 SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. Ficha limpa, a anterioridade eleitoral e a segurança jurídica. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 6, n. 10, p. 21-25, 2010.

das leis. É preciso, repise-se, interpretar sistematicamente o ordenamento jurídico nacional, de formar a se ponderar os princípios em conflito. Aplicar as disposições da Lei Complementar nº 135/2010 aos processos já transitados em julgado, relacionados a fatos anteriores à publicação daquele diploma legal, é ir de encontro à essência da Carta Magna de 1988, em especial, aos direitos políticos dos cidadãos brasileiros.

Reitere-se a importância das inovações trazidas pela Lei da Ficha Limpa, especialmente em um contexto em que a sociedade civil se vê, hodiernamente, mais e mais engajada no cenário político. A iniciativa popular, com previsão constitucional, deve ser louvada e ressaltada, como o é, pelos operadores do Direito. Nada obstante, limitar o alcance dessas alterações, em respeito às garantias constitucionais, não significa mitigar o avanço trazido pelo referido diploma legal. Significa, *a contrario sensu*, blindar o "Estatuto da Moralidade do Processo Eleitoral" contra qualquer vício de inconstitucionalidade.

Por isso, a exemplo do caso concreto trazido à baila, aplicar alteração legislativa ao caso de uma decisão, já transitada em julgado, a qual previa o prazo de inelegibilidade de 3 (três) anos, conforme legislação eleitoral à época vigente, é subverter valores constitucionais supramencionados, tão caros no ordenamento nacional, mormente o da coisa julgada.

Esse entendimento é, de igual modo, perfilhado pelo desembargador Cid Marconi Gurgel de Souza:

> A aplicação imediata e retroativa da lei da "ficha limpa", como vem sendo decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral, não guarda conformação com os princípios do devido processo eleitoral, da anterioridade da lei eleitoral e da segurança jurídica. Tal conclusão assenta-se no postulado da proporcionalidade, enquanto instrumento de contenção dos excessos estatais e garantidor dos direitos fundamentais e das liberdades democráticas aos cidadãos[28].

Ainda sob esse prisma, não se pode olvidar do posicionamento em que se defende a intangibilidade da coisa julgada eleitoral, conforme multirreferida pelo Ministro Celso Antônio de Mello, sob o manto processual e material, à guisa de todo acervo probatório disponível à época da decisão judicial passada em julgado. Mais uma vez, adotar a aplicabilidade aos fatos pretéritos é ir de encontro à segurança jurídica:

> Nesse rumo, a Lei Complementar nº 135/2010 não pode alterar, genérica e absolutamente o panorama probatório já formado sobre os fatos jurígenos e a coisa julgada eleitoral que estavam sob o manto processual e material consolidados até 07/06/2011, até porque é significativa a regra do art.1.047 do NCPC, quando disciplina o aspecto probatório, ou seja, as ações judiciais e os processos administrativos que ensejaram a causa de inelegibilidade, por razões de segurança jurídica se fincaram no contexto do livre convencimento motivado na apreciação da lei da época[29].

28 SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. Ficha limpa, a anterioridade eleitoral e a segurança jurídica. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 6, n. 10, p. 21-25, 2010.

29 KUFA, Amilton Augusto; RAMAYANA, Marcos. *Da irretroatividade parcial da lei da ficha limpa*. [S.l.]: Impetus, 2016.

Mister se faz ressaltar, nesse aspecto, o perigoso precedente de se permitir que o Estado, sob o fundamento de se atender aos anseios da vontade popular, edite leis mais graves a fatos pretéritos, em contrariedade ao diploma legal vigente à época. Disso, pontue-se, nasce o caos social derivado da insegurança jurídica gerada pelo próprio Estado, em contrariedade aos postulados de um Estado Constitucional de Direito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, diante da relevância do recente julgado exarado pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 929670/DF, examinou-se a possibilidade aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 a fatos pretéritos à sua edição, considerando os processos já transitados em julgado.

No referido aresto, o Pretório Excelso, seguindo a linha de raciocínio proposta pelo Ministro Luiz Fux, na esteira do mesmo entendimento exarado nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30, entendeu pela possibilidade da mencionada aplicação, sobretudo em face da tese de retrospectividade proposta pelo ilustre Ministro.

Contudo, após profundo exame no que tange a natureza jurídica da inelegibilidade, em especial, pela dualidade desta, foram elencados, com o devido embasamento, razões para a impossibilidade de retroação, na situação avaliada, sobretudo quando houver decisão judicial transitada em julgado.

De início, foi possível perceber que não há o que se militar pela restrição ao instituto da inelegibilidade como apenas uma adequação negativa do indivíduo ao regime jurídico-eleitoral. *In casu*, observou-se que, de igual medida, a inelegibilidade, conforme leciona majoritária doutrina eleitoral, a exemplo de José Jairo Gomes, possui natureza jurídica de sanção, a exemplo do que dispõe o artigo 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/1990.

Nesse diapasão, partindo-se de premissa equivocada, calcada na restrição ao conceito do instituto da inelegibilidade, concluiu o Ministro Luiz Fux como mero requisito negativo de adequação do indivíduo ao regime jurídico-eleitoral. Dessa forma, como não se constitui sanção, seria possível o alargamento do lapso temporal no que atine à inelegibilidade, promovida pela Lei Complementar nº 135/2010. Entretanto, tal premissa se mostrou errônea, com posterior conclusão equivocada.

Por outro ângulo, com esteio da construção da existência da inelegibilidade cominada, verificou-se que, enquanto sanção, a retroatividade – e não retrospectividade – da dilatação do prazo temporal da inelegibilidade, de 3 (três) anos para 8 (oito) anos, aos processos transitado em julgado, gera, decerto, de plano, uma violação a valores constitucionais, especialmente daqueles previstos no artigo 5º, XXXVI, da Lei Maior.

Tal raciocínio não pode ser suplantado, consoante explicado ao longo deste trabalho, por uma defesa cega e desenfreada dos princípios da moralidade e da probidade administrativa, máxime na seara eleitoral, com espeque no artigo 14,

Disponível em: <https://www.impetus.com.br/artigo/977/da-irretroatividade-parcial-da-lei-da-ficha-limpa>. Acesso em: 15 mar. 2019.

§9º, da Constituição Federal, para produzir teratologias. Pontue-se, com efeito, a indispensabilidade desses valores no ordenamento jurídico nacional, mormente pela verdadeira revolução eleitoral promovida pela Lei da Ficha Limpa, conforme denominado pelo Ministro Luiz Fux, de "Estatuto da Moralidade do Processo Eleitoral", que concretizou tais princípios.

Destacou-se, com isso, a necessidade de se realizar uma ponderação entre os princípios, por meio de uma interpretação sistemática deles. Em verdade, concluiu-se, sob pressão popular, de se realiza restrição, diga-se, inconstitucional, ao *jus honorum*, enquanto direito fundamental, até mesmo aos fatos pretéritos à edição da Lei Complementar nº 135/2010.

Nesse sentido, visualizou-se que se trata de conclusão equivocada, sobretudo por ferir uma série de princípios constitucionais, a exemplo da segurança jurídica, da irretroatividade das leis e da confiança legítima dos jurisdicionados na previsibilidade dos atos perpetrados pelo Estado.

A adequação ao estatuto jurídico da elegibilidade, como estudado, não pode ser subterfúgio para causar insegurança jurídica no ordenamento brasileiro, ao contrário do intento de boa-fé dos julgadores, no Recurso Extraordinário nº 929.670/DF, em nome da moralidade e probidade dos candidatos a cargo eletivo.

Destarte, a fim de se dirimir a insegurança jurídica gerada pelas conclusões no recurso paradigma supracitado, com repercussão geral reconhecida, defendeu-se, e concluiu-se, no presente trabalho, que, não obstante a importância da Lei Complementar nº 135/2010, resta inaplicável a dilatação do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade aos processos transitados em julgado, fundamento na redação primitiva artigo 22, XIV, da Lei de Inelegibilidade, anteriormente à edição da Lei da Ficha Limpa, pelos argumentos acima expostos.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Eurico. Presunção de culpa: lei da ficha limpa é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 maio 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mai-19/lei-ficha-limpa-aprovada-congresso-inconstitucional-dizem-juristas#author>. Acesso em: 13 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Fixada tese de repercussão geral em RE sobre aplicação do prazo de inelegibilidade anterior à aprovação da Lei da Ficha Limpa.* Brasília, DF, 01 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371099>. Acesso em: 12 mar. 2019.

CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de. A lei da ficha limpa e a revolução eleitoral*. Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 16, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13007&revista_caderno=28>. Acesso em: 13 mar. 2019

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 9. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 163.

CORDOVA JUNIOR, Milton. Retroatividade da Lei da Ficha Limpa. O Supremo Tribunal Federal não é o limite. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2681, 3 nov. 2010. Seção Artigos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17753>. Acesso em: 15 mar. 2019.

CORRÊA, Lorena Peixoto Nogueira Rodriguez Martinez Salles. Lei da ficha limpa: breve análise da lei complementar nº 135/2010 e das condições de inelegibilidade. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ago. 2018. Seção Artigos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68333/lei-da-ficha-limpa-breve-analise-da-lei-complementar-n-135-2010-e-das-condicoes-de-inelegibilidade>. Acesso em: 13 mar. 2019.

COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade, ficha limpa e registro de candidatura*: novas (velhas) considerações teóricas. Disponível em: <http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/2010/08/teoria-da-inelegibilidade-ficha-limpa-e.html>. Acesso em: 15 mar. 2019.

FRAZÃO, Carlos Eduardo. Revisitando o art. 22, XIV, da LC n. 64/1990: a inconsistência teórica da dicotomia entre inelegibilidades como efeitos secundários (art. 1º, I) e como sanção (art. 22 XIV) e a discussão no RE 929.670/DF. In: *Pontos controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa*. Belo Horizonte: Del Rey; ANPR, 2016. p. 80-84.

GALDINO, Sabrina Andrade. Retroatividade da Lei da Ficha Limpa para alcançar fatos pretéritos à edição da norma. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 17, n. 129, out. 2014. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15325>. Acesso em: 16 mar. 2019.

GOMES. José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 197-199.

KUFA, Amilton Augusto; RAMAYANA, Marcos. *Da irretroatividade parcial da lei da ficha limpa*. [S.l.]: Impetus, 2016. Disponível em: <https://www.impetus.com.br/artigo/977/da-irretroatividade-parcial-da-lei-da-ficha-limpa>. Acesso em: 15 mar. 2019.

LEITE, Larissa Reis. *Análise histórica da lei de ficha limpa à luz da accountability*. Brasília: UNB, 2015. Disponível em: < http://bdm.unb.br/bitstream/10483/12755/1/2015_LarissaReisLeite.pdf> Acesso em: 12 mar. 2019. p. 28-29.

MACHADO, Raquel Cavalcante Ramos. *Direito Eleitoral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 196

REIS, André Prado Marques dos. Graus de retroatividade da norma constitucional. *Conteúdo Jurídico*, Brasilia-DF, 09 dez. 2009. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25664&seo=1>. Acesso em: 14 mar. 2019.

REIS, Márlon. *O gigante acordado*: manifestações, Ficha Limpa e reforma política. Rio de Janeiro: Leya, 2013.

SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. Ficha limpa, a anterioridade eleitoral e a segurança jurídica. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 6, n. 10, p-21-25, 2010.

VENTURINI, Lilian. Ficha Limpa: a origem e os efeitos de uma lei contra a impunidade. *Nexo Jornal*, 16 jul. 2018. Atualizado em: 02 ago. 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2018/07/16/Ficha-Limpa-a-origem-e-os-efeitos-de-uma-lei-contra-a-impunidade>. Acesso em: 12 mar. 2019.

VILLAR, João Heliofar de Jesus. Inelegibilidade decorrente de abuso de poder econômico ou político: art. 1, I, "d", da lei complementar nº 64/1990. In: *Pontos controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa*. Belo Horizonte: Del Rey; ANPR, 2016. p. 113.

A DESTINAÇÃO DO "FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA" E DO "FUNDO PARTIDÁRIO" ÀS CANDIDATAS ELEITAS AO CARGO DE DEPUTADA ESTADUAL DO CEARÁ, NAS ELEIÇÕES DE 2018: ANÁLISE DA ADI Nº 5.617 (STF) E DA CONSULTA Nº 0600252-18.2018.6.00.0000 (TSE).

THE DESTINATION "OF THE SPECIAL FUND FOR THE FINANCING OF THE CAMPAIGN" AND THE "PARTY FUND" TO THE ELECTED CANDIDATES FOR THE STATE OF CEARÁ, IN THE ELECTIONS OF 2018: ANALYSIS OF ADI Nº 5.617 (STF) AND CONSULTATION Nº. 0600252-18.2018.6.00.0000 (TSE)

Raquel Cavalcanti Ramos Machado[1*]

Jéssica Teles de Almeida[2**]

Regiana Pedrosa Alves[3***]

RESUMO

Investiga-se no presente trabalho se, com as decisões do STF e do TSE proferidas, respectivamente, na ADI nº 5617 e na Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000, houve uma alteração no conteúdo jurídico material do modelo de financiamento eleitoral brasileiro cuja moldura é fixada pela Constituição Federal e como e em que medida se deu a destinação de verbas provenientes do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha para as candidatas femininas eleitas ao cargo de Deputada Estadual do Ceará, em 2018. Para tanto, apresenta-se breves noções sobre o modelo de financiamento eleitoral brasileiro, assim como se analisa as decisões do STF e TSE e, por fim, apresenta-se os dados relativos aos valores destinados, pelos partidos políticos, às candidatas eleitas ao cargo de Deputada Estadual, pelo Estado do Ceará, nas eleições de 2018, avaliando-se se existiram parâmetros objetivos na distribuição interna desses recursos entre as candidatas mulheres. Conclui-se que as citadas decisões deram um novo conteúdo jurídico à moldura constitucional que estabelece contornos ao modelo de financiamento eleitoral de campanhas no Brasil e que as Deputadas Estaduais

1 * Professora de Direito Eleitoral da Universidade Federal do Ceará. Advogada. Graduada pela Universidade Federal do Ceará. Mestre pela Universidade Federal do Ceará. Doutora pela USP. Visiting Research Scholar da Wirtschaf Universistat Vienna (2015 e 2016). Professora pesquisadora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Paris Descartes (2017). Professora pesquisadora convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Firenze (2018). Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Extensão em Direito Eleitoral "Ágora: Educação para a cidadania: denúncia e esperança." (UFC). Coordenadora-geral do projeto "Observatório Eleitoral do Ceará" (www.observatorioeleitoralce.com).

2 ** Professora da Universidade Estadual do Piauí. Coordenadora do Curso de Direito da FIED. Advogada e consultora jurídica. Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pesquisadora do grupo de pesquisa e extensão em Direito Eleitoral "**Ágora: Educação para a cidadania: denúncia e esperança"** (UFC) e do grupo "Direito Humanos e das Minorias" (UFC). Coordenadora-geral do projeto "Observatório Eleitoral do Ceará" (www.observatorioeleitoralce.com).

3 *** Advogada e Assessora Jurídica na Secretaria de Administração do Município de Caucaia, Estado do Ceará. Graduada em Direito Pela Fanor – Devry, Pós-graduanda em Direito e Processo Eleitorais pela Universidade de Fortaleza.

eleitas receberam recursos públicos para sua campanha, não se observando, contudo, critérios objetivos delineados pelos partidos na distribuição dos mesmos, o que contradiz o espírito da transparência e do controle que devem reger todas as democracias. O método utilizado foi o documental e bibliográfico, com buscas nos sítios eletrônicos do TSE e TRE-CE e também por meio de pesquisas em textos e livros que remetem ao tema eleitoral.

Palavras-chave: Financiamento eleitoral. Participação política da mulher. Deputada Estadual. Ceará. Eleições 2018.

ABSTRACT

It is investigated in the present work if, with the STF and TSE decisions pronounced, respectively, in ADI nº 5617 and Consultation no. 0600252-18.2018.6.00.0000, there was a change in the material legal content of the Brazilian contribution model whose the Federal Constitution and how and to what extent was the allocation of funds from the Party Fund and the Special Fund for Campaign Financing for the female candidates elected to the post of State Representative of Ceará in 2018. and brief analyzes of the Brazilian electoral financing model, as well as the STF and TSE decisions are analyzed, and finally, data are presented on the values destined by the political parties for the candidates elected to the position of State Representative, by the state of Ceará, in the 2018 elections, evaluating whether there were objective parameters in the internal distribution of these resources among women candidates. It is concluded that the aforementioned decisions gave a new juridical content to the constitutional framework that establishes contours to the model of electoral financing of campaigns in Brazil and that the elected State Deputies received public resources for their campaign, noting, however, objective criteria outlined by the parties in the distribution of them, which contradicts the spirit of transparency and control that should govern all democracies. The method used was the documentary and bibliographic, with searches in the electronic sites of the TSE and TRE-CE and also through searches in texts and books that refer to the electoral theme.

Keywords: Contribution. Political participation of women. State Representative. Ceará. Elections 2018.

1. INTRODUÇÃO

Pesquisas anteriores nos relevam que não é simples encontrar razões para uma desigualdade abissal entre homens e mulheres nos espaços de poder. Não há apenas uma razão que possa ser categorizada a princípio. Isso explica por que alcançar um quadro nesse âmbito é uma indagação que enseja constantes reflexões e um diálogo dos saberes[4].

4 No campo da teoria política feminista, foram travados alguns debates a fim de justificar o porquê de mais presença de mulheres nos espaços de poder (In: MACKINNON, Catharine A. *Feminism unmodified:* discourses on life and law. Cambridge: Havard University Press, 1987) e (In: YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000).

Rawls, em sua proposta para uma teoria da justiça, alertava que "as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais que os outros"[5]. Para o autor as desigualdades são "socialmente profundas. Não apenas são difusas, mas afetam desde o início as possibilidades de vida dos seres humanos; contudo, não podem ser justificadas mediante um apelo às noções de mérito ou valor"[6].

Diante das ponderações de Rawls, indaga-se: Será que os homens alcançam 85% dos cargos político-eletivos por mérito próprio ou existe uma infraestrutura política e eleitoral que os favorece?

As formulações dessas indagações nos faz avançar no enfrentamento do problema. Daí entendermos que pensar na participação política da mulher imprescinde de reflexões sobre a própria justiça do próprio processo eleitoral. Como, então, o Direito pode, através de propostas normativas, proporcionar mais "igualdade participativa" a todos e todas que desejem participar do processo eleitoral, buscando-se sempre respeitar a preferência política do eleitor (soberania popular)?

Foi na tentativa, ainda que bem modesta, de trazer um pouco mais de paridade de gênero ao processo eleitoral, que a Lei nº 9.100/1995[7] trouxe às eleições municipais as chamadas cotas de candidaturas para mulheres na política. No ano de 1997, com o advento da Lei nº 9.504/97, também conhecida como Lei Geral das Eleições, ficou estabelecido no art. 10, §§1º e 3º, que, das vagas existentes, o partido ou coligação poderia preenchê-las na proporção mínima de 30% (trinta por cento) e máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo[8][9].

Apesar de referência, no texto normativo, apenas a "sexo" e não a "mulheres", o que se extrai - do texto - é uma norma protetiva ao direito de participação política da mulher, sendo, portanto, as cotas ações afirmativas[10] voltadas a reparar os danos e prejuízos históricos das mulheres que, por séculos, foram alijadas do espaço público e político.

Outra alteração legislativa importante na regulação jurídica dessa temática deu-se com a Lei nº 12.304/2009 que tornou obrigatório, aos partidos políticos, o preenchimento das vagas de candidaturas no percentual destinado para cada sexo. Em escritos anteriores[11] destacamos que esse reforço normativo, operado pela lei, "se deu porque os partidos políticos não estavam lançando candidatas no percentual de 30% (trinta por cento), mas apenas registrando 70% (setenta por cento) das vagas de candidaturas a que tinham direito com os candidatos do sexo masculino".

---

5 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.8.

6 Ibidem.

7 BRASIL. *Lei nº 9100, de 29 de setembro de 1995*. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm>. Acesso em: 05 fev. 2019.

8 BRASIL. *Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em: 05 fev. 2019.

9 Sobre o uso do termo sexo, como está na lei, ou gênero, conforme atual entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, remete o leitor a trabalho anterior desenvolvido por duas dessas coautoras sobre a participação política "da pessoa trans" (In: ALMEIDA, Jéssica Teles de.; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O Tribunal Superior Eleitoral na vanguarda da concretização do direito à participação das pessoas trans no processo eleitoral. Revista Populus, Salvador, v. 1, n. 4, p. 333-348, jun. 2018).

10 LOPES, Ana Maria D'Ávila; NÓBREGA, Luciana N. As ações afirmativas adotadas no Brasil e no Direito Comparado para fomentar a participação política das mulheres. *Revista Nomos*, Fortaleza, v. 31, n. 1, p. 11-30, 2011.

11 ALMEIDA, Jéssica Teles de. *A proteção jurídica da participação política da mulher*: fundamentos teóricos, aspectos jurídicos e propostas normativas para o fortalecimento do modelo brasileiro. Fortaleza: FADIR, 2018. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade Federal do Ceará, 2018, p. 15.

A Lei nº 9.504/97 e a nº 12.034/2009 foram destacadas no VII Relatório Brasileiro apresentado ao Comitê da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) como uma medida legislativa promulgada com o intuito de eliminar a desigualdade entre os sexos na política[12]. As medidas para fomentar a participação política da mulher são, portanto, políticas de Estado.

No caso do Brasil, porém, o que se constatou e ainda constata, após mais duas décadas do estabelecimento das cotas de candidaturas para mulheres na política, são insignificantes mudanças no quadro de sub-representação feminina na política. Notou-se que somente a destinação da reserva de candidaturas não era o suficiente para promover a inclusão feminina na política.

Considerando o real contexto de baixa representatividade feminina no cenário da política nacional, o Supremo Tribunal Federal, mediante a ADI nº 5617, e o Tribunal Superior Eleitoral, na Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000, no ano de 2018, ao serem instados a estabelecer a interpretação da legislação eleitoral a respeito do financiamento de campanha, fixaram interpretações no sentido de garantir que, pelo menos 30% dos recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, fossem reservados às candidaturas femininas. A referidas decisões, verdadeiras fontes de Direito, incluíram no ordenamento jurídico brasileiro, uma nova ação afirmativa voltada ao fomento e à proteção da participação política da mulher.

Com a reserva de candidaturas e de recursos para candidaturas femininas esperava-se um aumento significativo da participação política das mulheres, nas eleições de 2018. Até 2016 as mulheres eram 11% das eleitas[13], após as eleições de 2018 passaram a ser 15%.

Houve, assim, um incremento, apesar de diminuto, no número de mulheres eleitas em 2018. O Congresso Nacional possui, atualmente, 77 (setenta e sete) deputadas federais e 12 (doze) senadoras. Segundo o ranking elaborado pela União Interparlamentar (IPU), o Brasil ocupa a 156ª posição, em uma lista de 190 países, que mede a participação feminina na política[14].

Acredita-se que o aumento de quase 5% nesse percentual pode ser atribuído, inclusive, aos incentivos jurídicos aplicáveis às eleições de 2018, como a reserva de recurso para campanha das candidatas, inobstante as denúncias de fraudes dos repasses[15], pelos partidos políticos, das verbas, às candidatas que, muitas

12 CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER, 7., 2013, Brasília, DF. *Relatório brasileiro.* Brasília, DF: Observatório Brasil da Igualdade de Gênero, 2013. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/instancias-regionais/o-comite-cedaw-2013-comite-para-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher/cedaw-vii-relatorio-brasileiro.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.

13 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Mulheres ainda são minoria de candidatas nas eleições brasileiras*. 07.03.2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/mulheres-ainda-sao-minoria-de-candidatas-nas-eleicoes-brasileiras>. Acesso em: 13 fev. 2019.

14 MONTESANTI, Beatriz. Mulheres são 15% do novo Congresso, mas índice ainda é baixo. *Portal UOL*, São Paulo, out. 2018. Seção Política. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/08/mulheres-sao-15-do-novo-congresso-mas-indice-ainda-e-baixo.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

15 MAZZA, Carlos. MPF irá instaurar procedimento para apurar suposta laranja. *Jornal O Povo*, Fortaleza, 13 fev. 2019. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/jornal/politica/2019/02/32421-mpf-ira-instaurar-procedimento-para-apurar-suposta-laranja.html>. Acesso em: 13 fev. 2019.

vezes, são verdadeiras "laranjas"[16][17][18].

A ONU-Mulheres, em 2014, lançou o Marco Normativo da Democracia Paritária[19], traduzido para o português em 2018, o qual estipula, em seu art. 18, que a paridade na representação política seria alcançada, tanto em sistemas eleitorais de lista aberta e de lista fechada, mediante o recrutamento, em alternância, de homens e mulheres mais votados (segundo as regras de cada sistema eleitoral) para ocupar as vagas no Parlamento.

Daí a importância do estudo do tema, principalmente por que, o que se nota da tendência das reformas legislativas de países latino-americanos, como a Bolívia[20] e Argentina[21] que conseguiram alcançar mais equidade de gênero na política, é a adoção de medidas que colocam as mulheres em "posição competitiva na lista partidária"[22]. Ou seja, reformas legislativas que dão mais chances e espaços às mulheres desenvolverem suas campanhas independente da vontade partidária que pode não as favorecer.

Investiga-se, assim, no presente trabalho se, com as decisões do STF e do TSE proferidas, respectivamente, na ADI nº 5617 e na Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000, houve uma alteração no conteúdo jurídico material do modelo de financiamento eleitoral brasileiro, cuja moldura é fixada pela Constituição Federal, e como e em que medida se deu a destinação de verbas provenientes do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha para as candidatas femininas eleitas ao cargo de Deputada Estadual do Ceará, em 2018.

Para tanto, apresenta-se breves noções sobre o modelo de financiamento eleitoral brasileiro, assim como se analisa as decisões do STF e TSE e, por fim, apresenta-se os dados relativos aos valores destinados, pelos partidos políticos, às candidatas eleitas ao cargo de Deputada Estadual, pelo Estado do Ceará, nas eleições de 2018, avaliando-se se existiram parâmetros objetivos na distribuição interna desses recursos entre as candidatas mulheres.

Conclui-se que as citadas decisões deram um novo conteúdo jurídico à moldura constitucional que dá contornos ao modelo de financiamento eleitoral de campanhas no Brasil e que as Deputadas Estaduais eleitas receberam recursos

16 ALMEIDA, Jéssica Teles de.; MACHADO, Raquel Ramos Cavalcanti**.** Os desafios das candidaturas femininas nas eleições de 2018. *Consultor Jurídico*, São Paulo, out. 2018. Seção Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-02/opiniao-desafios-candidaturas-femininas-eleicoes-2018>. Acesso em: 13 fev. 2019.

17 O amargo sabor de ser uma candidata-laranja. *DW Brasil*, [S.l.], 03 maio 2018. Seção Notícias. Disponível em: <http://m.dw.com/pt-br/o-amargo-sabor-de-ser-uma-candidata-laranja/a-43632789?xtref=http%253A%252F%252Fm.facebook.com>. Acesso em: 03 fev. 2019.

18 JUVÊNCIO, José Sérgio Martins. A relação entre candidaturas "laranjas" e a lei de cotas por gênero. In: ENCONTRO INTERNACIONAL PARTICIPAÇÃO, DEMOCRACIA E POLÍTICAS PÚBLICAS: APROXIMANDO AGENDAS E AGENTES, 1., 2013, Araraquara. *Anais*... Araraquara: UNESP, 2013.

19 ONU MULHERES. *Marco normativo para consolidar a democracia paritária*, 2014. Publicação da versão em português: 2018. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2019.

20 LAFUENTE, Javier. A revolução incompleta da Bolívia. *El País*, La Paz, 11 out. 14. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/10/11/internacional/1412983977_484279.html>. Acesso em: 25 mar. 2019.

21 Argentina oficializa paridade de gênero nas listas eleitorais. *Portal UOL*, 15.12.2017. Seção Notícias. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2017/12/15/argentina-oficializa-paridade-de-genero-nas-listas-eleitorais.htm>. Acesso em 25 mar. 2019.

22 HTUN, Mala. A política de cotas na América Latina. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 09, n.01, p.225-230, 2º sem. 2001.

públicos para sua campanha, não se observando, contudo, critérios objetivos delineados pelos partidos na distribuição dos mesmos, o que contradiz o espírito da transparência e do controle que devem reger todas as democracias.

O método utilizado foi o documental e bibliográfico, com buscas nos sítios eletrônicos do Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Regional Eleitoral do Ceará e também por meio de pesquisas em textos e livros que remetem ao tema do processo eleitoral.

2. O FINANCIAMENTO DE CANDIDATURAS FEMININAS NO BRASIL: UM NOVO CONTEÚDO JURÍDICO À MOLDURA DO FINANCIAMENTO ELEITORAL BRASILEIRO.

Como observa Ana Cláudia Santano, a "regulação do financiamento da política (considerada aqui como o financiamento dos partidos políticos e de campanhas eleitorais) é um dos maiores questões das democracias atuais"[23]. Isso se dá, porque a "política moderna se faz no capitalismo"[24].

Juan Rial[25] pontua ter toda atividade política, assim como toda campanha eleitoral, referência a um orçamento, a um gasto e a uma necessidade de arrecadação de fundos.

A Constituição de 1988 não determinou um modelo específico de financiamento de campanha. Ou seja, não determinou pormenores a respeito de como se daria essa relação do processo eleitoral com o dinheiro. No entanto, na concepção de Daniel Sarmento, a Constituição Federal estabeleceu uma "moldura" que serve como norte para tais regras[26], como se demonstrará a seguir.

Está na Lei nº 9.504/97 as normas a respeito de como se dará o financiamento das campanhas eleitorais brasileiras. O citado diploma normativo condensa as regras sobre limites de gastos, fontes permitidas, fontes vedadas, financiamento com recursos próprios, doadores, limites de doações, modalidades de doações, comercialização de bens e serviços, financiamento coletivo, a possibilidade de realização de gastos independentes pelos eleitores, quando desejem apoiar candidatos de sua preferência política (art. 27 da Lei nº 9.504/97), como se dará a prestação de contas eleitoral, dentre outros aspectos.

O financiamento da campanha eleitoral, segundo o Direito Brasileiro, é de origem pública e privada. Ou seja, o Brasil adota um modelo misto.

No caso do financiamento público, há a disponibilização de recursos financeiros pelo Estado aos partidos políticos. Essa modalidade de financiamento, segundo Daniel Zovatto, é tradicionalmente utilizada principalmente na América

23 SANTANO, Ana Cláudia. Como sobreviver na selva: fontes alternativas de financiamento de campanhas eleitorais, p. 35-62. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTANO, Ana Cláudia. (Org.). *Conexões Eleitoralistas*. Belo Horizonte: Abradep, 2016. p. 9-10. ISBN 978-85-93139-01-7. Disponível em:<http://bit.ly/2e4bJNj>. Acesso em: 25 mar. 2019.

24 Ibid., p. 35.

25 RIAL, Juan. O dinheiro e as organizações políticas: regulação e realidade na América Latina**.** *Cadernos Adenauer*, ano 6, n. 2. Rio de Janeiro: Fundação KAS, 2005, p. 95-122. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/9796-1442-5-30.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

26 SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. *Migalhas*, Ribeirão Preto, jan. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2019.

Latina e na Europa ocidental.[27]

O financiamento privado ocorre quando os recursos usados na campanha eleitoral provêm de fontes não estatais, como de pessoas físicas ou pessoas jurídicas. Inúmeras críticas sérias são dirigidas ao financiamento privado. Muitas delas têm como base a experiência fática brasileira. José Jairo Gomes[28] formula as seguintes críticas:

> Com efeito, ninguém (sobretudo pessoas jurídicas que doam expressivos recursos) contribui financeiramente para uma campanha sem esperar retorno do agraciado, caso seja eleito. Der sorte que, uma vez eleito, fica o donatário comprometido com o doador que o apoiou concreta e significativamente.

Acolhendo essa crítica, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.650,[29]de relatoria do Ministro Luiz Fux, vedando as doações de pessoas jurídicas.

As Leis nº 13.488/2017 e nº 13.487/2017 promoveram algumas mudanças no modelo de financiamento eleitoral brasileiro e passaram a prever a possibilidade do financiamento privado coletivo antecipado, assim como a previsão de um fundo público. Essas mudanças foram aplicadas às eleições de 2018.

Antes das reformas operadas pelas leis acima citadas, em 2017, outra mudança no modelo de financiamento eleitoral brasileiro havia sido estabelecida pela Lei nº 13.165/2015. Segundo a redação original do 9º da Lei nº 13.165/15:

> Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995.

Conforme se infere do texto legal, a reserva seria de, no mínimo, 5% e, no máximo, 15% dos recursos do *Fundo Partidário*, apenas para as 03(três) eleições seguintes à publicações da lei, ou seja, para as eleições de 2018, 2020 e 2022. Note-se que o texto legal refere-se apenas aos recursos do Fundo Partidário e não cita os recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, já que este foi criado em 2017 pela Lei nº 13.487.

Porém, em 2018, quando do julgamento da ADI nº 5.617, o Supremo Tribunal Federal, após aberta a deliberação do tema pelo voto do Relator Ministro Edson Fachin, estabeleceu interpretação conforme à Constituição de 1988 do texto legal inserto no art. 9º da Lei nº 13.165/15, promovendo, assim, alterações no modelo de financiamento eleitoral aplicáveis às eleições de 2018 e seguintes.

27 ZOVATTO, Daniel. Financiamento de partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. *Opinião pública*, Campinas, v. 11, n. 2, CESOP, p. 287-336, 2005.

28 GOMES. José Jairo. *Direito eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2013.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal**.** *STF decide que campanhas de candidatas terão mais recursos na eleição deste ano*. 03.10.18. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391666>. Acesso em: 25 mar. 2018.

Em trabalho anterior, uma das autoras deste trabalhou pontuou que o STF institucionalizou, na referida decisão, o que designamos de "Fundo Partidário de Financiamento de Candidaturas Femininas" (FPFEM)[30]. A norma fixada pela Suprema Corte, após a utilização da técnica hermenêutica da interpretação conforme,[31] passou a obrigar as agremiações partidárias a destinarem, às candidatas, no mínimo, 30% dos recursos do Fundo Partidário, observando sempre a proporção das candidaturas femininas, proporcionais e majoritárias, lançadas pelo partido.

A interpretação conforme aplicada pelo STF ao art. 9ª da Lei nº 13.165/2015 visa aumentar o âmbito de proteção à participação política da mulher ao fixar que tanto as candidaturas proporcionais, como majoritárias serão contabilizadas para fins de distribuição do fundo.

Os Ministros entenderam que o percentual do fundo partidário garantido às candidaturas femininas deveria ser equiparado à proporção das candidaturas lançadas. O Relator da ADI nº 5617, Ministro Edson Fachin, iniciou o seu voto asseverando que é próprio do direito à igualdade a possibilidade de uma "desequiparação", desde que seja pontual e tenha por objetivo superar uma desigualdade histórica.

O Relator asseverou ainda que o caráter público dos recursos do Fundo Partidário é mais um elemento a reforçar o compromisso de que sua distribuição não se dê de forma discriminatória

Edson Fachin concluiu o voto afirmando que a única interpretação constitucional admissível é que estabeleceria a distribuição dos recursos do Fundo Partidário na exata proporção das candidaturas lançadas por ambos os sexos, respeitando-se, sempre, o patamar mínimo de 30% de candidaturas femininas, por equiparação com a previsão do artigo 10, parágrafo 3º, da Lei 9.504/1997.

O Ministro também considerou inconstitucional a fixação de prazo de três eleições, uma vez que, segundo seu entendimento, a distribuição não discriminatória deve perdurar, ainda que transitoriamente, pelo tempo necessário para se alcançar um quadro mais paritário de mulheres na política.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, foi realizada, ao Tribunal Superior Eleitoral, a Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000 (PJ-e), de iniciativa de senadoras e deputadas federais, a respeito da distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC).

O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é uma modalidade de financiamento público de campanha que foi instituído pela Lei nº 13.487/2017. O Artigo 16-C da citada lei estabeleceu o seguinte:

> O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente:

30 ALMEIDA, Jéssica Teles de. *A proteção jurídica da participação política da mulher*:fundamentos teóricos, aspectos jurídicos e propostas normativas para o fortalecimento do modelo brasileiro. Fortaleza: FADIR, 2018. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade Federal do Ceará, 2018.

31 Apesar de não ser o objetivo desse trabalho discutir sobre a natureza da técnica de interpretação conforme, importante deixar registrado que há, no campo teórico constitucional brasileiro, debates sérios nesse sentido, razão por que indicamos, para leitura, trabalho de Virgílio Afonso da Silva, autor que nega a natureza de técnica de interpretação constitucional à interpretação conforme, em contraposição à posição de Marcelo Neves, autor que defende ser a interpretação conforme uma técnica de interpretação constitucional (In: SILVA, Virgílio Afonso. O Supremo Tribunal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*. Brasília, DF, v. 2, n. 1, jan, p. 96-118, 1, jan/abr 2016. Disponível em: <http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/download/105/105>. Acesso em: 16 mar. 2019.)

> I - ao definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, a cada eleição, com base nos parâmetros definidos em lei;
> II - a 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica (...).

Para o pleito eleitoral de 2018, o valor do fundo foi de R$ 1,3 bilhão, distribuído entre os partidos políticos segundo critérios estabelecidos pela Resolução TSE nº 23.568/2018 e pelo art. 16-D da Lei nº 9.504/97[32], o qual dispôs:

> I - 2% (dois por cento), divididos igualitariamente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;
> II - 35% (trinta e cinco por cento), divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;
> III - 48% (quarenta e oito por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados, consideradas as legendas dos titulares;
> IV - 15% (quinze por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado Federal, consideradas as legendas dos titulares.

Além disso, para receber os recursos do fundo, os partidos deveriam ter formalizado pedido, junto ao TSE, e ter enviado à Corte a ata da reunião do diretório nacional que definiu os parâmetros de distribuição da verba.

Diante da decisão proferida na Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000, um dos critérios obrigatórios era a destinação de 30%, no mínimo, das verbas recebidas para o custeio das campanhas das candidatas de cada partido.

A título ilustrativo, o quadro abaixo apresenta, em ordem decrescente, os valores recebidos pelos partidos beneficiários do FEFC[33]:

NUMERAÇÃO	PARTIDO	VALOR TOTAL DO FEFC
1	MDB (PMDB)	R$ 230.974.290,08
2	PT	R$ 212.244.045,51
3	PSDB	R$ 185.868.511,77
4	PP	R$ 131.026.927,86
5	PSB	R$ 118.783.048,51
6	PR	R$ 113.165.144,99
7	PSD	R$ 112.013.278,78
8	DEM	R$ 87.503.080,78
9	PRB	R$ 66.983.248,93
10	PTB	R$ 62.260.585,97

32 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/prestacao-de-contas-1/fundo-especial-de-financiamento-de-campanha-fefc>. Acesso em: 25 mar. 2018.

33 Id. Ibid. Acesso em: 11 fev. 2019.

11	PDT	R$ 61.475.696,42
12	SOLIDARIEDADE	R$ 40.127.359,42
13	PODEMOS (PTN)	R$ 36.112.917,34
14	PSC	R$ 35.913.889,78
15	PCdoB	R$ 30.544.605,53
16	PPS	R$ 29.203.202,71
17	PV	R$ 24.640.976,04
18	PSOL	R$ 21.430.444,90
19	PROS	R$ 26.124.350,14
20	PHS	R$ 18.064.589,71
21	AVANTE (PTdoB)	R$ 12.438.144,67
22	REDE	R$ 10.662.556,58
23	PATRIOTAS (PEN)	R$ 9.936.929,10
24	PSL	R$ 9.203.060,51
25	PTC	R$ 6.334.282,12
26	PRP	R$ 5.471.690,91
27	DC (PSDC)	R$ 4.140.243,38
28	PMN	R$ 3.883.339,54
29	PRTB	R$ 3.794.842,38
30	PSTU	R$ 980.691,10
31	PPL	R$ 980.691,10
32	PCB	R$ 980.691,10
33	PCO	R$ 980.691,10
34	PMB	R$ 980.691,10
34	NOVO	R$ 980.691,10

Frise-se que o Partido NOVO não usou recursos públicos em sua campanha, apesar de ter sido beneficiário do FEFC[34].

A Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000 foi protocolada visando sanar uma dúvida a respeito da aplicação do entendimento fixado na ADI nº 5617. A dúvida era se os recursos públicos oriundos do citado fundo deveriam seguir a mesma proporção estabelecida pela ADI nº 5617, ou seja, se deveria, de igual maneira, ser reservado, no mínimo, 30% desse fundo para o custeio de candidaturas femininas.

A resposta afirmativa do TSE veio por meio do voto relator da Ministra Rosa Weber que, reconhecendo o papel institucional da Justiça Eleitoral no incentivo à participação feminina na política e a eficácia transcendental da decisão fixada na ADI nº 5617, estendeu à reserva também aos recursos oriundos do Fundo Especial

34 BERALDO, Paulo; VENCESLAU, Pedro. O partido NOVO foi o único que não usou recursos do Fundo Partidário nem do Fundo Especial de Financiamento Eleitoral. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 13 fev. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,partido-novo-quer-lei-para-devolver-verba-do-fundo-partidario,70002719453>. Acesso em: 24 mar. 2019.

de Financiamento de Campanha (FEFC) e ao tempo de rádio e de televisão. No voto da ministra foi destacada a diretriz clássica hermenêutica a mesma diretriz "*ubi eadem ratio ibi idem jus*" que determina a aplicação do mesmo direito diante dos mesmos fundamentos (razões).

As decisões jurisprudenciais fixadas tanto na ADI nº 5617 como na Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000 (PJ-e) foram as fontes do Direito que inseriram no ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de ação afirmativa voltada ao fomento e à proteção da participação política da mulher e deram um novo conteúdo jurídico à moldura constitucional que dá contornos ao modelo de financiamento eleitoral de campanhas no Brasil.

3. A RESERVA DE FUNDOS PÚBLICOS E AS CANDIDATAS ELEITAS AO CARGO DE DEPUTADA ESTADUAL PELO ESTADO DO CEARÁ EM 2018.

A utilização de recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) para o financiamento de candidaturas de mulheres foi uma novidade nas eleições de 2018.

Como escrito acima, as decisões jurisprudenciais fixadas tanto na ADI nº 5617 como na Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000 (PJ-e) forneceram um novo conteúdo jurídico à moldura constitucional que inspira as normas de financiamento eleitoral de campanhas no Brasil.

Em 2018, foram destinados mais de R$ 888.000.000,00 (oitocentos e oitenta e oito milhões de reais) de Fundo Partidário[35] e mais de R$ 1.7 bilhões de reais de FEFC aos partidos políticos. Como esses valores foram aplicados no Estado do Ceará e em que quantidade financiaram as candidaturas femininas eleitas?

3.1. OS DADOS NO ESTADO DO CEARÁ

O Tribunal Regional Eleitoral do Ceará registrou 577 (quinhentos e setenta e sete) candidaturas ao cargo de Deputado(a) Estadual nas eleições de 2018. Desse total, 184 (cento e oitenta e quatro) foram candidaturas femininas[36].

A composição de mulheres eleitas e que tomaram posse em uma das cadeiras na Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, no dia 01 de fevereiro de 2019, foi menor do que a eleição de 2014.

Nas Eleições de 2014, as mulheres conquistaram 7 (sete) das 46 vagas[37]; já no pleito eleitoral de 2018, apenas 6 (seis) candidatas lograram êxito em ocupar uma das cadeiras da Casa Legislativa[38].

---

35 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Fundo Partidário*. Disponível em: <www.tse.jus.br/partidos/fundo-partidario-1/fundo-partidario>. Acesso em: 25 mar. 2019; AMORIM, Felipe. TSE confirma fundo de R$ 1,7 bi para eleição e divulga cota de partidos. *Portal UOL*, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/06/15/tse-confirma-fundo-de-r-17-bi-para-eleicao-e-divulga-cota-de-partidos.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

36 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Divulgação dos Resultados das Eleições 2018*. Disponível em: <http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>. Acesso em: 11 fev. 2019.

37 Confira a nova composição da Assembleia Legislativa do Ceará. *Portal G1*, Fortaleza, 06 out. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/ceara/eleicoes/2014/noticia/2014/10/confira-nova-composicao-da-assembleia-legislativa-do-ceara.html>. Acesso em: 11 fev. 2019.

38 CEARÁ. Assembleia Legislativa do Estado. *Nome e Histórico*. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/index.php/deputados/nomes-e-historico>. Acesso em: 11 fev. 2019.

De acordo com informações disponibilizadas pelo TSE, foram computados 4.479.947 votos válidos nas Eleições Ordinárias Estaduais de 2018, em 1º turno, para candidatos e candidatas ao cargo de Deputado(a) Estadual[39].

Segue abaixo tabela com a descrição das 6 (seis) candidatas eleitas, pelo Estado do Ceará, assim como os respectivos valores que receberam dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FECF) e Fundo Partidário (FP), número de votos e percentual de votos[40]:

CANDIDATA	**PARTIDO**	**FEFC**	**FP**	**VOTOS**	**% DE VOTOS**
Érika Amorim	PSD	R$ 750.000,00	R$ 12.500,00	86.320	1,88%
Augusta Brito	PC do B	R$100.000,00	"Sem informação"	67.261	1,47%
Aderlania Noronha	SOLIDARIEDADE	R$ 450.000,00	R$ 12.500,00	66.053	1,44%
Dra Silvana	PR	R$ 450.000,00	R$ 450.000,00	61.244	1,34%
Patrícia Aguiar	PSD	R$ 205.000,00	R$ 12.500,00	60.270	1,32%

39 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas Eleitorais*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 12 fev. 2019.

40 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Divulgação dos Resultados das Eleições 2018*. Disponível em: <http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>. Acesso 11 fev. 2019.

Fernanda Pessoa	PSDB	R$100.000,00 R$379.000,00	R$500.000,00 + R$1.875,00	58.275	1,27%

Analisando os dados, nota-se não haver uma relação direta entre o número de votos e o valor recebido pela candidata, tanto que a deputada Augusta Brito recebeu a segunda maior quantidade de votos, conforme revela a pesquisa de dados conduzida por uma dessas autoras[41], e a menor quantidade de verbas.

Érika Amorim foi a Deputada mais votada. A candidata que mais recebeu verbas, Deputada Estadual Fernanda Pessoa, foi a que tirou menos votos nessa disputa. Augusta Brito recebeu cerca de 10% dos valores recebidos por Fernanda Pessoa. Todas as 06 (seis) candidatas eleitas compartilham entre si o fato de possuírem capitais políticos consolidados, próprio ou família[42]. Augusta Brito, Aderlania Noronha, Dra. Silvana e Fernanda Pessoa estão no seu segundo mandato, enquanto Érika Amorim e Patrícia Aguiar no primeiro.

Apesar da política moderna precisar de dinheiro para seu natural desenvolvimento, não se pode limitar o sucesso de uma campanha à uma razão proporcional aos recursos financeiros despendidos. Outros elementos também possuem influência decisiva no processo de captação da preferência política do eleitor[43], embora atualmente o valor gasto na campanha seja um dessas variáveis a serem consideradas.

4. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DISTRIBUIÇÃO DO FUNDO ENTRE AS CANDIDATAS: POR FUNDAMENTOS PARTICIPATIVOS E IGUALITÁRIOS.

As agremiações partidárias deveriam ter decidido, de forma *interna corporis*, por meio de resoluções disponibilizadas no sitio do TSE, critérios objetivos para aplicação e para distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha. É o que prescreve o §7º, do art. 16-C da Lei nº 9.504/97.

Contudo, no que tange à repartição dos recursos entre as candidatas, o que se verificou na prática foi apenas uma menção genérica à obrigatoriedade de se destinar 30% para candidatas mulheres, não se esclarecendo como essa distribuição ocorreria.

41 A autora Regiana Pedrosa realizou a coleta de dados desta pesquisa.

42 Anuário do Ceará (2018-2019): representação parlamentar. *O Povo*, Fortaleza, 2018. Disponível em: <http://www.anuariodoceara.com.br/deputados-estaduais/>. Acesso em: 25 mar. 2019.

43 BURNELL, Peter. Introduction. In: BURNELL, Peter, WARE, Alan. (eds.): *Funding Democratization*. UK: Manchester University Press, 1998. p. 6.

Em que pese as candidatas eleitas terem tido acesso dos fundos públicos para o desenvolvimento de suas candidaturas, assimetrias nessa distribuição foram constatadas, o que nos alertou para a ausência de proporcionalidade e igualdade material quando da fixação do montante a ser recebido por cada uma.

Um exemplo que trazemos para análise é do Partido Republicano que conseguiu eleger uma Deputada Estadual, tendo repassado à mesma recursos do FEFC e FP que totalizaram R$ 900.000,00 (novecentos mil reais), enquanto outras candidatas do mesmo partido, que ficaram na suplência, receberam juntas, menos de 10% do valor repassado à candidata eleita, conforme dados disponíveis no sitio do TRE[44].

A falta de critérios objetivos nos faz questionar a justiça da distribuição interna dos partidos que, em um primeiro momento, parece ter beneficiado apenas uma candidata em detrimento de outras, embora a análise isolada dos dados não nos permita concluir ter o partido agido em total afronta à igualdade material. Os dados são elementos indiciários que apontam para a inexistência de proporcionalidade e igualdade material. O capital político da candidata é um critério justo para acesso, mas não o único.

Daí a importância de transparência nos critérios. Clareza para fiscalização constante é um mandamento dos regimes democráticos contemporâneos[45]. A publicidade dos gastos e aplicação dos recursos é inerente ao financiamento eleitoral, seja ele privado ou público. Os partidos políticos e candidatos (as) devem prestar contas à sociedade dos valores usados para custear suas atividades e suas campanhas[46]. Não deve ser diferente na distribuição dos recursos públicos. Em trabalhos anteriores, para o qual remetemos o leitor[47], propomos alguns critérios que desenvolvemos com base em dois fundamentos o (1) participativo e o (2) igualitário.

Conforme destacamos:

> O fundamento participativo é maximizar a participação política da mulher ao dar mais condições para que elas participem do processo eleitoral, mediante a destinação de recursos. O fundamento igualitário é garantir mais igualdade às candidatas, durante o processo eleitoral, um percentual mínimo de recursos para o financiamento de suas campanhas. Assim, todas as candidaturas femininas lançadas devem ser beneficiadas com essa política, sob pena de se instituir discriminações internas.

Estabelecer esses critérios internos é importante, vez que, a pretexto do exercício da autonomia partidária, as agremiações, que já demonstraram serem "inimigas político-institucionais das mulheres", podem tentar esvaziar o sentido da norma escolhendo apenas uma candidatura, por exemplo, ou poucas, para investir o total dos recursos.

44 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Divulgação dos Resultados das Eleições 2018*. Disponível em: <http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>. Acesso 11 fev. 2019.

45 SHAPIRO, Ian. *Fundamentos morais da política*. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

46 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2018.

47 Os critérios para distribuição com fundamento no caráter participativo e igualitário do processo eleitoral podem ser encontramos no trabalho a seguir: ALMEIDA, Jéssica Teles de. *A proteção jurídica da participação política da mulher*: fundamentos teóricos, aspectos jurídicos e propostas normativas para o fortalecimento do modelo brasileiro. Fortaleza: FADIR, 2018. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade Federal do Ceará, 2018.

Se for permitida essa liberdade aos partidos, corre-se o risco de não se ampliar, com essa medida, o número de candidaturas femininas com viabilidade político-eleitoral, o que, certamente, não maximiza a dimensão objetiva do direito fundamental à participação política da mulher.

Em um contexto em que se busca alcançar mais igualdade entre os gêneros na política e a proteção da participação política da mulher no processo eleitoral, surge como um caminho importante na concretização desse fim garantir "igualdade participativa", ou seja, igualdade real para o máximo de mulheres candidatas possível, e isso exige uma distribuição efetiva e justa desse fundo que leve em conta critérios fundamentados na justiça social (capacidade econômica) e na justiça política (trajetória e número de votos).

Os partidos, cientes de que parte dos recursos deverá ser utilizada, compulsoriamente, no financiamento de candidaturas femininas, apressar-se-ão em incentivar a participação política da mulher ao vislumbrarem vantagens políticas no lançamento de candidatas femininas (não poder desperdiçar os recursos reservados do FP e do FEFC). Como destacou o Ministro Fachin, essa medida não estabelecerá discriminação, já que o restante das verbas, que serão pelo menos 70%, será destinada às candidaturas masculinas.

O exemplo do Partido Republicano que fornecemos, ou seja, que demonstra uma concentração de recursos em uma única candidata, corrobora a nossa hipótese que maximização da inclusão de mulheres só ocorrerá se houver justiça social e política na distribuição interna dos fundos entre as mulheres candidatas-filiadas. E só poderá haver controle sobre a justiça desses critérios se forem transparentes, claros. A democracia nos exige essa constante prestação de contas, principalmente quando o que está em jogo é o dinheiro público.

O Ceará, em 2018, elegeu uma deputada estadual a menos que em 2014. Caminhou na contramão das estatísticas gerais que apontam para um aumento de quase 5% na representação feminina após a implantação dessa nova ação de reserva de recursos[48].

Não temos dados suficientes para concluir que essa redução na representação política feminina no cenário Cearense aconteceu somente por conta ausência de critérios na distribuição do fundo, mas certamente a falta desses critérios torna obscura e não republicana a aplicação dos recursos públicos pelos partidos em determinadas candidatas, o que coloca em xeque novamente o cumprimento ou não, pelas agremiações partidárias, da sua função política e institucional de promoção e proteção da participação política da mulher[49].

Os partidos políticos, como viemos constatando no decorrer das nossas pesquisas[50], falham em cumprir essa missão institucional, o que justifica a adoção de medidas jurídicas que insiram as mulheres em posição de competitividade independentemente da vontade partidária. Alcançar o ideal da democracia paritária nos exige esse caminho.

48 MONTESANTI, Beatriz. op. cit., 2018.

49 ALMEIDA, Jéssica Teles de.; MACHADO, Raquel Ramos Cavalcanti. Abuso de poder político partidário e as fraudes às cotas de candidatura por gênero. In: FUX, Luiz; JÚNIOR, Antônio Veloso Peleja; ALVIM, Frederico Franco; et. al. (Org.). *Direito Eleitoral - Temas Relevantes*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2018, v. 1, p. 50-75.

Frise-se ainda que a fixação de critérios não ofenderia a autonomia partidária, já que partiria dos próprios partidos e seria exercida de forma consentânea com o espírito constitucional.

5. CONCLUSÕES

Não é simples encontrar razões para uma desigualdade abissal entre homens e mulheres nos espaços de poder. Pensar na participação política da mulher imprescinde de reflexões sobre a própria justiça do próprio processo eleitoral e a respeito de como o Direito pode, através de propostas normativas, proporcionar mais "igualdade participativa" a todos e todas.

Foi na tentativa, ainda que bem modesta, de trazer um pouco mais de paridade de gênero ao processo eleitoral, que as Leis nº 9.100/1995, nº 9.504/97 e nº 12.304/09 foram promulgadas, estabelecendo as cotas de candidaturas na política e reforçando-as.

Tanto a Lei nº 9.504/97 e nº 12.304/09 foram destacadas no VII Relatório Brasileiro apresentado ao Comitê da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) como uma medida legislativa promulgada com o intuito de eliminar a desigualdade entre os sexos na política. A preocupação com a igualdade de gênero também é uma preocupação da ONU -Mulheres que, em 2014, lançou o Marco Normativo da Democracia Paritária[51], traduzido para o português em 2018.

Diferente dos seus vizinhos latino-americanos que conseguiram, após a instituição da política de cotas, obter resultados mais favoráveis na inclusão de mulheres nos espaços de poder, o Brasil não acompanhou essa onda de inserção.

Diante dos insatisfatórios índices e de uma legislação ordinária que não se compatibilizava com o espírito material da Constituição em alcançar a igualdade de gênero, conforme preceitua seu o art. 5º, I, o STF, nos autos da ADI 5617, concedeu interpretação conforme ao art. 9º da Lei nº 13.165/2015, estabelecendo que 30%, no mínimo, dos recursos provenientes do Fundo Partidário destinados às campanhas eleitorais deverão ser destinados às candidaturas femininas até que um quadro mais paritário de gênero na política seja alcançado. Aplicando os mesmos fundamentos e considerando a transcendência dos motivos elencados na decisão do STF, o TSE, na Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000, também estabeleceu essa obrigatoriedade de reserva para os recursos provenientes do Fundo Especial de Financiamento de Campanha.

As decisões jurisprudenciais fixadas tanto na ADI nº 5617 como na Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000 (PJ-e) foram fontes do Direito que inseriram no ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de ação afirmativa voltada ao fomento e à proteção da participação política da mulher e deram um novo conteúdo jurídico à moldura constitucional que dá contornos ao modelo de financiamento eleitoral de campanhas no Brasil.

Com a reserva de candidaturas e de recursos para candidaturas femininas, observou-se um incremento, apesar de diminuto, no número de mulheres eleitas

51 ONU MULHERES. *Marco normativo para consolidar a democracia paritária*, 2014. Publicação da versão em português: 2018. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf.>. Acesso em: 25 mar. 2019.

em 2018. Os percentuais foram de 11% (2014) para 15% (2018). Acredita-se que o aumento de quase 5% nesse percentual deve ser atribuído aos incentivos jurídicos aplicáveis às eleições de 2018, como a reserva de recurso para campanha das candidatas e a um controle mais rígido das fraudes às cotas de candidatura, ou seja, na formação das candidaturas "laranjas".

Analisando os dados colhidos referentes à destinação das verbas do FP e FEFC para as deputadas eleitas, no Ceará, em 2018, constatou-se que todas foram beneficiárias de fundos públicos. Notou-se também não haver uma relação direta entre o número de votos e o valor recebido pela candidata, tanto que a Deputada Augusta Brito recebeu a segunda maior quantidade de votos e a menor quantidade de verbas públicas.

As agremiações partidárias deveriam ter decidido, de forma *interna corporis*, por meio de resoluções disponibilizadas no sitio do TSE, critérios objetivos para aplicação e para distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha. É o que prescreve o §7º, do art. 16-C da Lei nº 9.504/97.

No que tange à repartição dos recursos entre as candidatas, o que se verificou na prática foi apenas uma menção genérica à obrigatoriedade de se destinar 30% para candidatas mulheres, não se esclarecendo como essa distribuição ocorreria. Não foram estabelecidos, pelas resoluções partidárias, critérios a respeito de como esse recurso seriam distribuídos entre as candidatas filiadas.

Essa obscuridade não é compatível com a transparência que norteia a arrecadação e gastos de recursos no processo eleitoral, daí por que diante dos fundamentos participativos e igualitários entendemos ser necessária a fixação desses critérios, sem os quais não haverá justiça interna na distribuição, pelos partidos políticos, de seus recursos. A fixação de critérios, não ofenderia a autonomia partidária, já que partiria dos próprios partidos e seria exercida de forma consentânea com o espírito constitucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jéssica Teles de. *A proteção jurídica da participação política da mulher*: fundamentos teóricos, aspectos jurídicos e propostas normativas para o fortalecimento do modelo brasileiro. Fortaleza: FADIR, 2018. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade Federal do Ceará, 2018, p. 15.

ALMEIDA, Jéssica Teles de.; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O Tribunal Superior Eleitoral na vanguarda da concretização do direito à participação das pessoas trans no processo eleitoral. *Revista Populus*, Salvador, v. 1, n. 4, p. 333-348, jun. 2018.

ALMEIDA, Jéssica Teles de.; MACHADO, Raquel Ramos Cavalcanti. Abuso de poder político partidário e as fraudes às cotas de candidatura por gênero. In: FUX, Luiz; JÚNIOR, Antônio Veloso Peleja; ALVIM, Frederico Franco; et. al. (Org.). *Direito Eleitoral - Temas Relevantes*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2018, v. 1, p. 50-75.

ALMEIDA, Jéssica Teles de.; MACHADO, Raquel Ramos Cavalcanti**.** Os desafios das candidaturas femininas nas eleições de 2018. *Consultor Jurídico*, São Paulo, out. 2018. Seção Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-02/opiniao-desafios-candidaturas-femininas-eleicoes-2018>. Acesso em: 13 fev. 2019.

AMORIM, Felipe. TSE confirma fundo de R$ 1,7 bi para eleição e divulga cota de partidos. *Portal UOL*, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/06/15/tse-confirma-fundo-de-r-17-bi-para-eleicao-e-divulga-cota-de-partidos.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

Anuário do Ceará (2018-2019): representação parlamentar. *O Povo*, Fortaleza, 2018. Disponível em: <http://www.anuariodoceara.com.br/deputados-estaduais/>. Acesso em: 25 mar. 2019.

Argentina oficializa paridade de gênero nas listas eleitorais. *Portal UOL*, 15.12.2017. Seção Notícias. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2017/12/15/argentina-oficializa-paridade-de-genero-nas-listas-eleitorais.htm>. Acesso em 25 mar. 2019.

BERALDO, Paulo; VENCESLAU, Pedro. O partido NOVO foi o único que não usou recursos do Fundo Partidário nem do Fundo Especial de Financiamento Eleitoral. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 13 fev. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,partido-novo-quer-lei-para-devolver-verba-do-fundo-partidario,70002719453>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9100, de 29 de setembro de 1995*. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em: 05 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**.** *STF decide que campanhas de candidatas terão mais recursos na eleição deste ano*. 03.10.18. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391666>. Acesso em: 25 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Divulgação dos Resultados das Eleições 2018*. Disponível em: <http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>. Acesso 11 fev. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/prestacao-de-contas-1/fundo-especial-de-financiamento-de-campanha-fefc>. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Fundo Partidário*. Disponível em: <www.tse.jus.br/partidos/fundo-partidario-1/fundo-partidario>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Mulheres ainda são minoria de candidatas nas eleições brasileiras*. 07.03.2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/mulheres-ainda-sao-minoria-de-candidatas-nas-eleicoes-brasileiras>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.456, de 18 de dezembro de 2017*. Regulamenta o disposto no Título III – Das Finanças e Contabilidade dos Partidos – da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-546-de-18-de-dezembro-de-2017-2013-brasilia-df>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BURNELL, Peter. Introduction. In: BURNELL, Peter, WARE, Alan. (eds.): *Funding Democratization*, UK: Manchester University Press, 1998. p. 6.

CEARÁ. Assembleia Legislativa do Estado. *Nome e Histórico*. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/index.php/deputados/nomes-e-historico>. Acesso em: 11 fev. 2019.

Confira a nova composição da Assembleia Legislativa do Ceará. *Portal G1*, Fortaleza, 06 out. 2014. Disponível em: < http://g1.globo.com/ceara/eleicoes/2014/noticia/2014/10/confira-nova-composicao-da-assembleia-legislativa-do-ceara.html. Acesso em: 11 fev. 2019.

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER, 7., 2013, Brasília, DF. *Relatório brasileiro.* Brasília, DF: Observatório Brasil da Igualdade de Gênero, 2013. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/instancias-regionais/o-comite-cedaw-2013-comite-para-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher/cedaw-vii-relatorio-brasileiro.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.

GOMES. Jose Jairo. *Direito eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2013.

HTUN, Mala. A política de cotas na América Latina. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 09, n.01, p.225-230, 2º sem. 2001.

JUVÊNCIO, José Sérgio Martins. A relação entre candidaturas "laranjas" e a lei de cotas por gênero. In: ENCONTRO INTERNACIONAL PARTICIPAÇÃO, DEMOCRACIA E POLÍTICAS PÚBLICAS: APROXIMANDO AGENDAS E AGENTES, 1., 2013, Araraquara. *Anais*... Araraquara: UNESP, 2013.

LAFUENTE, Javier. A revolução incompleta da Bolívia. *El País*, La Paz, 11 out. 14. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/10/11/internacional/1412983977_484279.html>. Acesso em: 25 mar. 2019.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; NÓBREGA, Luciana N. As ações afirmativas adotadas no Brasil e no Direito Comparado para fomentar a participação política das mulheres. *Revista Nomos*, Fortaleza, v. 31, n. 1, p. 11-30, 2011.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2018.

MACKINNON, Catharine A. *Feminism unmodified*: discourses on life and law. Cambridge: Havard University Press, 1987.

MAZZA, Carlos. MPF irá instaurar procedimento para apurar suposta laranja. *Jornal O Povo*, Fortaleza, 13 fev. 2019. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/jornal/politica/2019/02/32421-mpf-ira-instaurar-procedimento-para-apurar-suposta-laranja.html>. Acesso em: 13 fev. 2019.

MONTESANTI, Beatriz. Mulheres são 15% do novo Congresso, mas índice ainda é baixo. *Portal UOL*, São Paulo, out. 2018. Seção Política. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/08/mulheres-sao-15-do-novo-congresso-mas-indice-ainda-e-baixo.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

O amargo sabor de ser uma candidata-laranja. *DW Brasil*, [S.l.], 03 maio 2018. Seção Notícias. Disponível em: <http://m.dw.com/pt-br/o-amargo-sabor-de-ser-uma-candidata-laranja/a-43632789?xtref=http%253A%252F%252Fm.facebook.com>. Acesso em: 03 fev. 2019.

ONU MULHERES. *Marco normativo para consolidar a democracia paritária*, 2014. Publicação da versão em português: 2018. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf.>. Acesso em: 25 mar. 2019.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.8.

RIAL, Juan. O dinheiro e as organizações políticas: regulação e realidade na América Latina**.** *Cadernos Adenauer*, ano 6, n. 2. Rio de Janeiro: Fundação KAS, 2005, p. 95-122. Disponível em: < http://www.kas.de/wf/doc/9796-1442-5-30.pdf> Acesso em: 15 mar. 2019.

SANTANO, Ana Cláudia. Como sobreviver na selva: fontes alternativas de financiamento de campanhas eleitorais, p. 35-62. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTANO, Ana Cláudia. (Org.). *Conexões Eleitoralistas*. Belo Horizonte: Abradep, 2016. p. 9-10. ISBN 978-85-93139-01-7. Disponível em:<http://bit.ly/2e4bJNj>. Acesso em: 25 mar. 2019, p. 35.

SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. *Migalhas*, Ribeirão Preto, jan. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2019.

SHAPIRO, Ian. *Fundamentos morais da política*. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. O Supremo Tribunal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. *Revista de Direito*

da Universidade de Brasília. Brasília, DF, v. 2, n. 1, jan, p. 96-118, 1, jan/abr 2016. Disponível em: <http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/download/105/105>. Acesso em: 16 mar. 2019.

YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

ZOVATTO, Daniel. Financiamento de partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. *Opinião pública*, Campinas, v. 11, n. 2, CESOP, p. 287-336, 2005.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DAS RESTRIÇÕES NORMATIVAS À ELEGIBILIDADE NOS SISTEMAS JURÍDICOS DO BRASIL E DE PORTUGAL[1*]

THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE AS MEANS OF CONTROLLING NORMATIVE RESTRICTIONS TO ELIGIBILITY IN THE BRAZILIAN AND PORTUGUESE LEGAL SYSTEMS

Ruy Nestor Bastos Mello[2]**

RESUMO

O presente artigo examina a aplicação do princípio da proporcionalidade como parâmetro de julgamento da constitucionalidade das restrições normativas à elegibilidade, especialmente as causas de inelegibilidade, sob a perspectiva dos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. Para tanto, demonstra-se inicialmente a estrutura racional do princípio e sua aplicação como forma de verificar a adequação da norma à finalidade buscada, a apuração do meio menos lesivo a um direito fundamental e a existência de uma relação favorável de efeitos positivos produzidos pelo ato normativo. Depois, o estudo faz uma incursão sobre os direitos políticos, explicitando o caráter de direito fundamental da elegibilidade e descrevendo, sinteticamente, o elenco das restrições normativas vigentes. Analisa-se ainda o alcance do controle do juiz constitucional sob o enfoque da proporcionalidade e, considerando a neutralidade estrutural do princípio, são indicados os valores jurídicos subjacentes às restrições à elegibilidade. Na parte final do artigo, é apresentada uma análise crítica de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Constitucional português com a finalidade de avaliar a utilização do princípio da proporcionalidade como técnica decisória para aferir a constitucionalidade das causas de inelegibilidades.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Direitos políticos. Elegibilidade. Causas de inelegibilidade. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

This work examines the application of the proportionality principle as the parameter for the judgement of the constitutionality of restrictive norms for eligibility, especially the ineligibility causes, under the perspective of the Brazilian and Portuguese legal orders. To this end, it is demonstrated the rational structure of the principle and its application in evaluating the adequacy of a given norm to its desired intent, as well as the establishing of the less harmful means to a fundamen-

1 * O presente artigo consiste em adaptação de relatório apresentado na disciplina Direitos Fundamentais, sob a regência do Prof. Dr. Vitalino José Ferreira Prova Canas, como requisito de avaliação parcial no curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2017/2018.

2 ** Procurador Regional Eleitoral nos Estados de Sergipe (2010/2012) e na Bahia (2014/2015 e 2015/2017).

tal right and the existence of a favorable relation of positive effects produced by a normative act. Further, this study discusses political rights, while explaining the eligibility character of fundamental right and describing, synthetically, the normative restrictions to this right. It is also analyzed the amplitude of the control exercised by the constitutional judge under the view of the proportionality principle and, additionally, while considering the structural neutrality of proportionality, it is noted the legal values underlying the restrictions to eligibility. At the end of this work, a critical analysis of judgements from the Brazilian Supreme Federal Court and the Portuguese Constitutional Tribunal is presented to demonstrate to what extent the principle of proportionality was utilized as a decisional technique to assess the constitutionality of the ineligibility causes.

Keywords: Proportionality principle. Political rights. Eligibility. Ineligibility causes. Constitucional controle.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da proporcionalidade tem merecido a atenção de diversos estudiosos em razão de sua importância como instrumento mediador de conflitos entre bens, interesses e valores, especialmente nos casos que envolvem as relações entre o Estado e os cidadãos. O princípio tem variadas aplicações na seara jurídica, servindo tanto para preservar a essência de um direito fundamental como para buscar o equilíbrio entre direitos e interesses contrapostos e, ainda, para justificar a prevalência de um perante o outro.

No âmbito do controle de constitucionalidade, igualmente, a utilização do princípio da proporcionalidade tem se mostrado frequente na jurisprudência dos tribunais constitucionais, que também buscam avaliar a legitimidade constitucional de uma lei, principalmente a que restringe um direito fundamental, pela superação dos conhecidos testes ou segmentos da proporcionalidade, que são a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade é, pois, essencial para proteção dos direitos fundamentais, dentre os quais se destacam os direitos políticos, que asseguram aos cidadãos a participação na direção do Estado, para escolha de seus representantes ou ocupação de cargos eletivos. Na sua vertente passiva, os direitos políticos encerram a noção de elegibilidade, a capacidade de ser eleito, que, todavia, é condicionada ao atendimento de determinados pressupostos, isto é, de requisitos normativos que limitam o exercício desse direito.

Assim, para verificar a legitimidade das restrições à elegibilidade, um dos mecanismos utilizados é o princípio da proporcionalidade, sendo este o objeto do presente artigo, especificamente no que concerne aos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. Mas como funciona o princípio da proporcionalidade, quais os seus fundamentos, pressupostos e estrutura? Em que consistem as restrições à elegibilidade e o que são as inelegibilidades? Existem limites ao juiz constitucional no uso da proporcionalidade como critério de avaliação da restrição à elegibilidade?

Há vetores axiológicos específicos a serem ponderados na análise das inelegibilidades? E, por fim, os tribunais constitucionais brasileiro e português têm aplicado o princípio da proporcionalidade, em tais situações, de forma correta?

Com o fim de obter os resultados pretendidos e responder às indagações apontadas, será utilizado o método técnico-jurídico, recorrendo-se prioritariamente à análise do pensamento doutrinário, das normas jurídicas e da jurisprudência.

A doutrina, notadamente de autores brasileiros e portugueses, será relevante para a compreensão dos aspectos essenciais do princípio da proporcionalidade, dos direitos políticos em geral e do âmbito e limites do controle de constitucionalidade. Como referência normativa em ambos os países, serão apreciadas as regras e princípios que disciplinam os direitos políticos e as inelegibilidades, em âmbito constitucional e na legislação infraconstitucional.

A jurisprudência, de ambas as ordens jurídicas, será objeto de estudo específico e pormenorizado, buscando avaliar a utilização, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Tribunal Constitucional (TC) português, do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade de normas limitadoras da elegibilidade.

A título de etapas específicas do trabalho, serão apontados, inicialmente, os elementos e as características do princípio da proporcionalidade, fundamentos, finalidades e pressupostos de aplicação. Na sequência, será tratada a temática dos direitos políticos como espécie de direitos fundamentais e será estudado o direito de sufrágio nas suas vertentes de direitos de votar e de ser votado, especificando as características do voto e os fundamentos gerais sobre a elegibilidade e suas restrições normativas.

A parte final do artigo terá por objeto a efetiva apreciação do uso do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das normas restritivas à elegibilidade. Nesse propósito, serão apresentados os limites da atuação do juiz constitucional na aplicação dessa função da proporcionalidade e serão indicados os vetores axiológicos encontrados na Constituição Federal (CF) brasileira e na Constituição da República Portuguesa (CRP) para a resolução de conflitos relacionados aos direitos políticos, como forma de garantir a racionalidade e justificação da decisão judicial.

De modo específico, será efetuada uma análise crítica de decisões judiciais de controle de constitucionalidade de normas restritivas à elegibilidade, com o fim de apreciar como se concretiza, na jurisprudência, o uso do princípio da proporcionalidade, bem assim apresentar críticas e considerações.[3] No âmbito brasileiro, se apreciará o julgamento pelo STF da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, que estabelece as causas de inelegibilidade infraconstitucionais no Brasil; já no direito português, serão estudadas algumas decisões relevantes do Tribunal Constitucional sobre o assunto.

À guisa de conclusão, almeja-se que se compreenda a importância do princípio da proporcionalidade numa ordem jurídica que busque efetivamente o respeito aos direitos fundamentais. A sua utilização racional e consciente deve ser estimulada, buscando o presente artigo ser um contributo para o conhecimento do instituto e sua aplicação no Direito, especialmente no âmbito das restrições ao direito à elegibilidade.

3 Anote-se que os julgados foram obtidos diretamente dos sítios eletrônicos na internet dos Tribunais, sendo descritas no relatório, resumidamente, as referências dos processos analisados.

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE[4] E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO

2.1 CONCEITO, FUNDAMENTOS E FINALIDADES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade pode ser conceituado como um dos instrumentos jurídicos de ponderação e harmonização[5] que permite, por intermédio de uma estrutura lógico-racional específica, aferir a regularidade e o equilíbrio da atuação estatal que afete um direito fundamental.[6] Em linhas gerais, o princípio visa a identificar se a medida adotada (ou ser efetivada) pelo Estado, através do legislador, administrador ou juiz, se mostra adequada ao fim a que se propugna, se é a menos lesiva ao direito violado e contém a mesma intensidade de satisfação do fim almejado, e se é aquela que oferece um quadro geral de efeitos positivos satisfatórios em comparação com os danos ocasionalmente gerados ao direito prejudicado.[7]

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade não está positivado de forma expressa na Constituição Federal.[8] Em verdade, o seu fundamento constitucional é extraído indiretamente, tanto a partir da norma que impõe o devido processo legal,[9] como da própria estipulação genérica dos direitos

4 Não é objeto deste trabalho tratar da natureza jurídica da proporcionalidade. Assente-se apenas que a doutrina tradicional reconhece que o ordenamento jurídico é constituído de regras, que têm a função de garantir a segurança jurídica ao Direito; e dos princípios, que, em resumo, são comandos que anunciam valores a serem alcançados. A distinção entre regras e princípios é feita com base em teorias fracas (diferenças de grau ou quantidade, conforme critérios de generalidade, abstração, fundamentalidade, determinabilidade do conteúdo etc.) e em teorias fortes ou qualitativas, que buscam a diferenciação em razão do conteúdo e da estrutura intrínseca das normas e da solução a ser adotada em caso de colisões entre preceitos normativos. Por estas, se diz que as regras são de aplicação absoluta, desde que evidenciada sua hipótese de incidência, e os princípios são aplicados de acordo com o peso relativo que possuírem na ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas; em caso de conflitos entre regras, uma delas não poderá ser aplicada porque é invalida e não tem vigência, mas se o conflito for entre princípios, um dos princípios pode deixar de ser aplicado, a depender do seu peso, ou até se admite uma convivência harmônica entre eles. Adotando-se a diversidade dos critérios distintivos (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 242), é certo que a proporcionalidade configura um princípio jurídico, considerando especialmente que: (i) atende, em demasia, aos critérios quantitativos da distinção das normas, notadamente pelo grau de abstração, generalidade e aplicação, porquanto serve, diferentemente das regras, a um contingente amplo de situações; (ii) contém um valor próprio referente à aplicação da ordem jurídica numa razão de equilíbrio e proporção, na exata medida do justo e na garantia de respeito aos direitos fundamentais através da restrição ao desmedido poder do Estado; (iii) está previsto como princípio em atos normativos formais, como na Constituição da República de Portugal, além de documentos internacionais; e (iv) "não está claro, ainda, se, no plano interpretativo-aplicativo, a questão terminológica produz interferências conceituais metodológicas relevantes do ponto de vista dos resultados práticos e sua justificabilidade e controlabilidade racionais" (STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 12). Por fim, será utilizada a nomenclatura "princípio da proporcionalidade", considerando a sua maior difusão na doutrina, legislação e jurisprudência.

5 Podem ser citados, como outros instrumentos de ponderação e harmonização, os princípios da razoabilidade, da proteção do núcleo essencial, da proibição da proteção insuficiente (ou proibição do defeito) e da proteção da confiança. Sobre o assunto, cfr. ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 144-181.

6 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 119.

7 Para aprofundar os estudos sobre o princípio da proporcionalidade, cfr. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 85-120; ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 64-122, 163-177; DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 35-46; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais (RT), São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002; CANAS, Vitalino. A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios). In: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda,* Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 3, p. 811-893.

8 O princípio da proporcionalidade está previsto apenas em normas infraconstitucionais, como por exemplo, na Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

9 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 11. ed. São Paulo: Saraiva,

fundamentais e princípios jurídicos, o que imporia, *ipso facto*, a necessidade de harmonia e ponderação em situações de conflitos.[10]

Na ordem jurídica constitucional portuguesa, de outro vértice, há uma referência ao princípio da proporcionalidade no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, pela qual se estabelece que "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.". Essa norma dirige um comando ao legislador para que efetue a harmonização de conflitos mediante a utilização de instrumentos específicos, entre os quais a proporcionalidade, que tem como uma de suas funções valorar a restrição aos direitos fundamentais para salvaguarda dos demais princípios constitucionais.

Além disso, a norma maior portuguesa menciona o princípio da proporcionalidade, de forma literal, em seus artigos 19º, n.º 4 e 266º, n.º 2,[11] ao determinar a sua necessária observância quanto às medidas a serem adotadas nos regimes de estado de sítio ou estado de emergência e, bem assim, na orientação do agir do administrador público.

O mencionado princípio também encontra justificação em diplomas normativos internacionais, sendo observado implicitamente do quanto exposto no artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas[12] e em diversas regras que anotam os direitos e garantias na Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e, de forma expressa, nos artigos 49º e 52º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.[13]

Quanto às funções, o princípio da proporcionalidade tem por objeto geral a contenção do excesso do poder estatal[14] em detrimento de um direito fundamental e pode ser utilizado nos casos de conflitos normativos ou para avaliação da correção de decisões concretas do Estado.[15]

2016. p. 220-221.

10 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 436; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 265.

11 CRP: "Artigo 19.º [...] 4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional." [...] "Artigo 266.º [...] 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé."

12 Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas: "Artigo XXIX [...] 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática."

13 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: "Artigo 49.º Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas [...] 3. As penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção. [...] Artigo 52.º [...] 1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser revista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros."

14 Em que pese não seja objeto de estudo nesse trabalho, registre-se que o princípio da proporcionalidade, além do sentido de contenção do excesso estatal, abarca uma dimensão positiva, visando à proibição à proteção insuficiente de um direito fundamental (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 226-227; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 125). Para Vitalino Canas, esta dimensão configura o princípio da proibição do defeito, que detém autonomia dogmática frente ao da proibição do excesso, eis que os dois possuem "pressupostos de aplicação, âmbito de aplicação, estrutura e objeto, regime jurídico e funções diversas" (CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 957).

15 Corroborando essa dúplice finalidade, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins admitem o uso do princípio da proporcionalidade para fins de exame "da constitucionalidade de uma intervenção legislativa" e "das intervenções de órgãos do Executivo e

Na primeira acepção,[16] a proporcionalidade tanto serve como valor diretivo no momento de formação das normas, orientando o legislador sobre os critérios de sopesamento dos valores jurídicos subjacentes à edição do ato normativo, como para apuração da constitucionalidade das leis e atos infraconstitucionais, permitindo o exame sobre eventual excesso da atividade legislativa, com especial atenção à possível colidência da norma com um princípio de natureza constitucional ou um direito fundamental.[17]

Outrossim, em situações de conflito concreto de interesses entre o Estado e as pessoas, divisam-se duas possibilidades de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Uma delas se refere à resolução geral de casos de atuação executiva do administrador em que há riscos de afetação a direitos fundamentais,[18] servindo o princípio como um instrumento de ponderação entre os pesos relativos dos bens e valores dispostos numa situação específica. Nesta quadra, busca-se aferir se a medida a ser determinada, ou sob análise, se revela adequada à finalidade estabelecida, se não há um outro meio de menor lesividade ao direito atingido e se os benefícios superam os malefícios de sua ocorrência.

A outra finalidade do princípio da proporcionalidade, que também pode afetar direito fundamental, consiste na aferição da regular aplicação de uma reprimenda, por decisão do Poder Judiciário ou Executivo,[19] em razão da prática de um ato ilícito. Nessa ideia, utiliza-se o princípio da proporcionalidade para verificar não apenas se a penalidade é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, mas se o fato praticado atingiu minimamente o bem jurídico tutelado pela norma, de modo a justificar a devida apenação do infrator.[20]

No presente estudo, como asseverado, será analisada a utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento de controle da constitucionalidade, especificamente das normas que restringem a elegibilidade, a saber, como instrumento de ponderação de bens jurídicos em abstrato relacionados aos direitos políticos.

Judiciário" (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 192-194).

16 No âmbito do direito português, mostra-se mais evidenciada essa função do princípio da proporcionalidade, considerando sua expressa referência constitucional, sendo, por essa razão, que adverte José Joaquim Gomes Canotilho que "o princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo), consagrado na parte final do artigo 18.º/2, constitui um *limite constitucional à liberdade de conformação do legislador*" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 447, grifo do autor.).

17 Sobre estas aplicações da proporcionalidade, cfr. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 36-37.

18 Acerca dessa função do princípio da proporcionalidade, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

É claro que a lei não faculta a quem exercita atividade administrativa adotar providências ilógicas ou desarrazoadas. Outrossim, como os poderes administrativos são meramente *instrumentais*, isto é, servientes de um dado escopo normativo, a validade de seu uso adscreve-se ao necessário para alcançá-lo. Toda demasia, todo excesso, toda providência que ultrapasse o que seria requerido para – à face dos motivos que a suscitaram – atender o fim legal, será uma extralimitação da competência e, pois, uma invalidade, revelada na *desproporção* entre os motivos e o comportamento que nele se queira apoiar." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 96, grifo do autor).

19 MELLO, Ruy Nestor Bastos. Aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. In: Dobrowolski, Samantha Chantal (Org.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa.* Brasília: ESMPU, 2011, p. 203. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>. Acesso em: 28 jun. 2018.

20 Observe-se que, nessa função do princípio da proporcionalidade, são discerníveis o meio, ou seja, a medida judicial ou administrativa a ser adotada; a finalidade concreta, consistente na aplicação da sanção; e uma indispensável relação de causalidade entre eles. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso aponta que "o princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça o caso concreto" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 343-344).

2.2 PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO E ESTRUTURA DA PROPORCIONALIDADE

Na função de controle de constitucionalidade, existem alguns pressupostos[21] de aplicação do princípio da proporcionalidade, sem os quais sequer se torna necessário investigar se a norma é ou não proporcional, para aferir sua compatibilidade com a Constituição.

Um dos pressupostos informa que o princípio somente será aplicado para situações em que haja uma "uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim",[22] exatamente para que se possa efetuar os exames dos segmentos da proporcionalidade, que serão identificados a seguir. Em tal sentido, o Tribunal Constitucional português já teve a oportunidade de afirmar que:

> a ideia geral unificadora do princípio da proporcionalidade é a de que o meio utilizado para atingir certo objectivo deve estar numa determinada relação com esse objectivo. A avaliação a que há que proceder para aferir a proporcionalidade incide sobre um meio, que é dirigido a um certo fim, e implica a apreciação da respectiva idoneidade, necessidade e racionalidade à prossecução do fim em vista.[23]

O segundo pressuposto diz respeito à diferenciação dos campos de aplicação dos princípios da proporcionalidade e da proteção do núcleo essencial. O primeiro somente será utilizado para solução de conflitos normativos desde que assegurada a sobrevivência do próprio direito fundamental objeto de intervenção legislativa. Isso porque, se já for possível identificar que a restrição legal atinge o núcleo essencial do direito violado, incide diretamente o parâmetro de ponderação e harmonização que vise a proteger a essência desse direito, sendo prescindível avaliar a adequação, necessidade ou o grau de valoração dessa interferência.[24]

Um terceiro pressuposto relevante para o uso do princípio da proporcionalidade é a verificação prévia da conformação da finalidade normativa com a ordem constitucional. Cabe ao juiz constitucional apurar, num primeiro exame, se os fins do ato normativo, isto é, "os efeitos materiais ou tangíveis, mais ou menos remotos, que o legislador prognostica, *entende como positivos* e deseja que se verifiquem",[25]

21 Serão apontados, nesse estudo, apenas três dos pressupostos mais citados pela doutrina. Nada obstante, aponte-se a elucidativa listagem de pressupostos informados por Vitalino Canas: "(i) conformação do fim legítimo da norma legislativa; (ii) interferência em bens, interesses ou valores; (iii) não diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias; (iv) emprego de meios não absolutamente proibidos; (v) específicas colisões de normas constitucionais e de bens, interesses ou valores; (vi) específicas colisões de modos deônticos que regem a conduta do legislador." (CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 397).

22 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 163.

23 Processo n.º 745/00, acórdão n.º 594/03, relatora Maria Helena Brito. Anote-se que Vitalino Canas discorda dessa posição, afirmando que, em verdade, "a adequação é o único segmento da proibição do excesso a propósito do qual se pode dizer que incide sobre a relação entre o meio e o fim" (CANAS, op. cit., p. 406).

24 Um exemplo, apresentado por Humberto Ávila (ÁVILA, op. cit., p. 148-149), é o de uma lei que majora excessivamente o valor da taxa judiciária e que vem a ser declarada inconstitucional por atingir o núcleo essencial do direito de acesso ao Judiciário. Nesse caso, não se cogita a análise do princípio da proporcionalidade, mas apenas a questão de estar um direito fundamental sendo demasiadamente restringido.

25 CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 406 (grifo do autor).

são admitidos pela Constituição como válidos para proporcionar a interferência em bens, interesses e valores. Verifica-se apenas, em tese, se a finalidade da norma é abrangida ou permitida por uma norma constitucional.

Satisfeitos então os pressupostos, passa-se à aplicação direta do princípio da proporcionalidade, o qual, em sua estrutura lógico-formal, é integrado por três subprincípios ou segmentos, que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito,[26] sendo que todos precisam ser atendidos para que se possa garantir a legitimidade ou constitucionalidade da norma ou do ato administrativo ou judicial.

Relevante a análise, em resumo, de cada um deles.[27]

O subprincípio da adequação, também conhecido como a idoneidade ou conformidade, consiste em estabelecer uma relação entre o meio e a finalidade do ato jurídico sob análise, para o fim de perquirir se a medida adotada ou a ser cominada é idônea e eficaz para atingir o objetivo pretendido. Nessa etapa, faz-se um juízo de considerações empíricas para verificar a eficácia de a medida atingir os efeitos materiais positivos visados pela norma, não se fazendo, contudo, ponderações valorativas a respeito da qualidade do meio.

O subprincípio da necessidade, ou exigibilidade, tem por escopo garantir que a medida adotada seja indispensável para a atender ao fim visado e, também, que seja a menos gravosa ao direito a ser afastado, dentre as opções que existirem numa situação concreta. José Joaquim Gomes Canotilho sintetiza que "uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos 'coativo', relativamente aos direitos restringidos".[28] Faz-se, nessa etapa, uma análise comparativa de meios que possam atingir, com a mesma intensidade, a finalidade desejada pelo legislador, para o fim de verificar se, dentre esses meios, existe algum de menor lesividade ao direito a ser restringido. Se houver, a norma não terá cumprido o requisito da necessidade.

Por fim, pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito,[29] convém analisar se os benefícios materiais advindos pela existência da norma ou da decisão são relevantes com relação aos danos causados aos direitos infligidos. Apura-se se o sacrifício da restrição ocasionada a um direito fundamental (efeitos negativos) é compensado pela vantagem daí advinda em prol de outros interesses

26 Mesmo que haja algumas variações de nomenclatura, atesta Vitalino Canas que "a tese dos *três segmentos* adquiriu relativa estabilidade" na doutrina jurídica portuguesa, citando elenco exaustivo de autores que assim compreendem a estruturação da proporcionalidade (CANAS, op. cit., p. 49-51, grifo do autor).

27 A título de síntese, conforme dito alhures por esse autor: "Pelo princípio da adequação, verifica-se se a medida adotada (o ato administrativo, legislativo ou judicial) constitui-se no meio correto para consecução da finalidade desejada. O princípio da exigibilidade impõe que a providência restritiva seja a menos gravosa possível, com vistas na conservação de um direito fundamental. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito implica o sopesamento entre o resultado da medida adotada com a carga coativa utilizada, por meio de um juízo de ponderação que verifica se o meio utilizado foi ou não proporcional ao fim visado." (MELLO, Ruy Nestor Bastos. Aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. In: Dobrowolski, Samantha Chantal (Org.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa.* Brasília: ESMPU, 2011, p. 204. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>. Acesso em: 28 jun. 2018.)

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 447.

29 Registre-se a crítica doutrinária sobre este segmento da proporcionalidade, afirmando Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que "a proporcionalidade em sentido estrito (ou teste de exigibilidade) deve ser rejeitada como elemento do exame da proporcionalidade, já que, a despeito da opinião dominante tanto no Brasil quanto em outros países, tem dado azo à usurpação judicial da competência de decisão política própria do Poder Legislativo." (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 227)

de igual ou maior valor (efeitos positivos), mediante ponderação numa situação fática específica.

A análise desses princípios parciais segue uma ordem lógico-racional de apreciação e fornece ao intérprete um caminho razoável na busca da decisão a ser adotada, pautado em premissas lógicas e discerníveis, inclusive servindo como medida de "transparência e coerência no controle dos atos estatais".[30] O princípio da proporcionalidade tem, portanto, uma estrutura formal específica, cuja apreciação sequencial e sucessiva, na ordem indicada, permite que se alcance – e se justifique – a adoção da medida adequada, necessária e proporcional aos danos eventualmente causados a direitos e interesses.[31]

2.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Depois de apontados os aspectos fundantes do princípio da proporcionalidade e de sua função como medida de ponderação, a ser exercida considerando as possibilidades jurídicas e fáticas e mediante o atendimento de seus princípios parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), importante perceber a estrita relação da proporcionalidade no contexto dos direitos fundamentais.

Com efeito, da própria estipulação de uma série de direitos fundamentais na Constituição decorre necessariamente a possibilidade de situações fáticas ensejarem colisões entre eles, sendo necessário um instrumento jurídico que possa auxiliar na harmonização e convivência de todos os direitos, sem que haja o risco do sacrifício extremo ou da eliminação de um deles.[32] De igual modo, sempre que um ato do Estado afetar um direito fundamental, é imprescindível aferir a regularidade da restrição ocasionada, o que se procede também através de um mecanismo próprio de ponderação entre o interesse estatal e o direito do cidadão.

As situações de conflitos entre direitos fundamentais ou entre estes e outros valores constitucionais especialmente importantes[33] não são resolvidas pelos mecanismos jurídicos tradicionais de interpretação e aplicação do Direito, que visam apenas aferir a validade e a vigência das normas. Também não se pode cogitar do

30 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 122.

31 De modo diverso, aponta Jorge Reis Novais que "ao contrário de uma prática jurisprudencial muito difundida, o controlo de proporcionalidade não deve resumir-se a uma prática de controlo sucessivo da observância dos vários subprincípios ou máximas da proibição do excesso" e acrescenta que se deve orientar "alternativamente para uma lógica de comparação entre medidas restritivas alternativas que tenha globalmente em conta as respectivas eficácia e grau de sacrifício produzidos" (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional.* Lisboa: AAFDL, 2017. p. 252). Sem embargo, a crítica à proporcionalidade em sentido estrito não é justa, porquanto, na análise da relação entre os benefícios auferidos e a lesão ao direito fundamental, o intérprete também raciocina através da elaboração mental de hipóteses que poderiam ser mais bem aplicadas ao caso, ou seja, que acarretariam uma gama maior de efeitos positivos ou menor de efeitos negativos, redundando daí a conclusão acerca de sua constitucionalidade.

32 Para Chade Rezek Neto, o princípio da proporcionalidade "se caracteriza como uma garantia especial, objetivando a eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes, tendo fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera da liberdade humana". (REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. p. 47).

33 Lembra Luís Roberto Barroso que um "ambiente bastante típico dessa modalidade de colisão é o da preservação de direitos individuais à liberdade, ao devido processo legal e à presunção de inocência diante da apuração e punição de crimes e infrações em geral, inseridas no domínio mais amplo da segurança pública". (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 373).

uso da técnica da subsunção, porquanto o raciocínio na base do silogismo não é viável ao se analisar a possibilidade de aplicação de mais de uma norma acerca de um mesmo fato.[34]

Para a solução dessas colisões é que se apresenta o princípio da proporcionalidade, cuja aplicação, na ordem de sua estrutural lógico-racional, permitirá uma melhor gerência e modulação de situações que possam, de algum modo, restringir direitos fundamentais.[35]

Aponte-se, porém, que, na aplicação do princípio da proporcionalidade, não se pode ignorar que sempre haverá uma carga de subjetivismo do julgador no exame do que deve ser considerado como adequado, necessário, vantajoso ou não,[36] sendo certo que o princípio não fornece uma resposta pronta, apenas serve de instrumento de decisão. O princípio da proporcionalidade tão somente fornece um caminho, logicamente estruturado, para a adoção da melhor decisão – e posterior controle – com vistas à harmonização de princípios, direitos, interesses e valores fundamentais dos cidadãos e do Estado. Mas deve haver, pelo aplicador do direito, "o entendimento adequado dos valores representativos dos bens e interesses jurídicos circundantes ao caso sob apreciação",[37] o que somente será alcançado pela análise das circunstâncias e possibilidades fáticas e jurídicas de uma situação concreta.

Em arremate, ao lado da enunciação dos direitos fundamentais dos cidadãos, a Constituição de um Estado moderno exige a necessidade de convivência harmoniosa entre os valores escolhidos como os mais importantes para a vida em sociedade. O princípio da proporcionalidade configura-se, então, como o princípio ou instrumento capaz de dar a direção lógica e racional para a adequada deliberação a ser adotada, com vistas a permitir, de acordo com a situação concreta e jurídica analisada, a predominância do direito pertinente.

3 OS DIREITOS POLÍTICOS

3.1 IMPORTÂNCIA E NATUREZA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito e estudo dos direitos políticos se confunde com a história do processo democrático.[38] Decerto, há uma nítida relação de interdependência entre

34 Ibidem, p. 376-377. Em igual sentido, apontando a insuficiência do método clássico para a interpretação constitucional, cfr. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional:* Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. 2, v. 2, p. 437.

35 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 189-190.

36 Vitalino Canas bem adverte que "O alinhamento e cruzamento de argumentos, com inevitáveis e constantes trocas e cedências mútuas de peso, num processo permanente de vai e vem metódico, não é passível de uma modelização rígida. A tentativa de esbater ou dissimular o fator *subjetivo* transportado pelo concreto decisor, através de um modelo altamente formalizado, insensível – talvez até hostil – ao fator humano, esbarra com a realidade do processo deliberativo. A demonstração da racionalidade e da objetividade da ponderação não pode cair no excesso de desmentir ou ignorar o fator subjetivo." (CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 808 – grifo do autor).

37 MELLO, Ruy Nestor Bastos. Aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Org.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 184-212. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>. Acesso em: 28 jun. 2018. p. 204.

38 PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. In: *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, a. 1, n. 1, p. 21-47, jan./2004. Disponível em: <http://sur.conectas.org/home/edicao-01/>. Acesso em: 29 ago.

a obtenção pelo cidadão de direitos de participação na vida política estatal e a consagração de um regime de governo em que prepondere o respeito à lei, a vedação à concentração de poderes, a proteção e garantia dos direitos fundamentais e a necessária observância de processos eleitorais periódicos para alcançar a vontade popular da escolha de representantes políticos, características essenciais de uma legítima democracia.[39]

Sabe-se que as funções dos direitos fundamentais podem ser apreciadas de acordo com teoria dos quatro *status* de Jellinek, que define as posições que o cidadão se apresenta em face do Estado, quanto a seus direitos e deveres. Há o *status passivo*, em que se divisa uma situação de subordinação, demonstrando que a pessoa tem deveres para com o Estado; o *status negativo*, pelo qual se afirma que o homem é livre e goza de um espaço de liberdade com relação a interferências indevidas do Estado; o *status positivo*, em que o cidadão pode exigir do Estado a efetivação de prestações; e o *status ativo*, que se refere exatamente ao gozo e exercício dos direitos políticos, de o cidadão participar da formação do Estado.[40]

Também numa outra classificação, os direitos fundamentais se dividem em direitos de *defesa*, os quais acarretam ao Estado uma obrigação de abstenção e de não interferência; direitos de *prestação*, que exigem que o Estado atue de modo concreto para satisfazer os interesses e necessidades dos seus cidadãos; e os de *participação*, os já mencionados direitos políticos.[41]

Em qualquer das classificações apontadas, os direitos políticos estão compreendidos no âmbito dos direitos fundamentais do cidadão, porquanto se entende a importância que detém a participação livre das pessoas para decidirem sobre os seus destinos. Evidencia-se, pois, a qualidade de direitos fundamentais dos direitos políticos porque eles constituem as prerrogativas e os deveres da cidadania e "englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado".[42] Encerram, em suma, os direitos de votar (*jus suffragii*) e ser votado (*jus honorum*) e todos os direitos relativos à atuação na vida política de um Estado, de acordo com as regras consagradas nas Constituições.

São titulares dos direitos políticos, em regra, os cidadãos nacionais de um determinado Estado a partir de uma certa idade e, eventualmente, os estrangeiros que cumprirem alguns requisitos formais.[43]

A estrutura formal dos direitos políticos, em que pese variável em cada Estado, compreende, conforme o regramento internacional dos direitos humanos, alguns aspectos mínimos aptos a configurar o regular exercício dos direitos políticos,

2018.

39 Ingo Sarlet assevera, assim, que "é mediante a fruição de direitos de participação política (ativos e passivos) que o indivíduo não será reduzido à condição de mero objeto da vontade estatal (mero súdito), mas terá assegurada a sua condição de sujeito do processo de decisão sobre a sua própria vida e da comunidade que integra." (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 661)

40 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 155.

41 Em verdade, esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco (Ibidem, p. 155-164) que essa diferença não é estanque, podendo haver nos próprios direitos políticos as características de direitos de defesa (contra ingerências descabidas do Estado) e de prestação (por exemplo, a organização do processo eleitoral).

42 GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 4.

43 A propósito, explica André de Carvalho Ramos que, embora a nacionalidade seja o pressuposto para ser um cidadão, "mesmo no Brasil, há caso de exercício de direitos políticos por *estrangeiro* (não nacional), no que tange aos *portugueses em situação de igualdade de direitos*". (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 69, grifo do autor)

notadamente no que concerne à concessão do direito de voto à quase totalidade dos cidadãos, a existência de eleições legítimas e periódicas, o sufrágio universal, livre e secreto, entre outras regras.[44]

No âmbito do direito brasileiro, a Constituição Federal contém um capítulo específico sobre os direitos políticos, inserido no título relativo aos direitos e garantias fundamentais, que abrange o regramento de diversos temas, a saber: sufrágio universal; voto direto, secreto e igualitário; participação popular (plebiscito, referendo, iniciativa popular); alistamento eleitoral; obrigatoriedade do voto como regra; condições de elegibilidade; causas de inelegibilidade e valores a serem protegidos; impugnação do mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude; vedação à cassação de direitos políticos e as hipóteses de perda ou suspensão; e o princípio da anualidade. Também as normas relativas à criação e funcionamento dos partidos políticos estão abrangidas dentro dos direitos políticos.

Já na seara constitucional portuguesa, em que pese não haja um tópico próprio na Constituição, Carlos Blanco de Morais ensina que foram consagrados os seguintes direitos para possibilitar o exercício da atividade política: o "direito à cidadania"; "o direito de sufrágio"; a "liberdade de criação de associações e partidos políticos"; o "direito de oposição"; a "liberdade de expressão e informação"; e o "direito de acesso a cargos públicos", anotando ainda a previsão na Constituição portuguesa de alguns direitos específicos nas campanhas eleitorais, como a "liberdade de propaganda".[45]

Demonstra-se, portanto, o caráter de fundamentalidade dos direitos políticos, de modo a vincular o legislador e qualquer outro intérprete acerca de sua importância para a vida comunitária, uma vez que o livre exercício dos direitos políticos é o fundamento básico e racional de um regime político que se queira entender como democrático,[46] a merecer especial atenção e deferência entre os direitos fundamentais dos cidadãos.

3.2 O DIREITO DE SUFRÁGIO: DIREITOS POLÍTICOS ATIVOS E PASSIVOS (A ELEGIBILIDADE)

O sufrágio configura a marca essencial dos direitos políticos e consiste no direito de os cidadãos poderem escolher os seus representantes e, também, de se lançarem na disputa eleitoral com o fim de ocupar cargos eletivos.[47] Em razão do sufrágio é que se confere a necessária legitimidade política à escolha dos mandatários que, durante um certo período, irão decidir os destinos de uma determinada região político-territorial.

Na doutrina jurídica brasileira, sufrágio e voto não são a mesma realidade. O sufrágio encerra o direito público subjetivo de votar e de ser votado; o voto apenas materializa o seu exercício, consistindo no ato realizado pelos cidadãos de escolha

44 A título de exemplo, confiram-se as disposições normativas do artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos Humanos; dos artigos 3º e 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU; do artigo 23 do Pacto de São José da Costa Rica; e dos artigos 39 e 40 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

45 MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 77-78.

46 É o que conclui Carlos Blanco de Morais: "Na verdade, com base no *critério da livre e explícita* expressão de consentimento dos cidadãos na designação dos titulares das principais funções do poder soberano, mediante eleições plurais e competitivas, podemos distinguir os *regimes democráticos dos regimes autocráticos*." (Ibidem, p. 65, grifo do autor).

47 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 57.

de seus representantes políticos. Além disso, "o sufrágio vai além do exercício do voto no âmbito da democracia representativa, abarcando, nos termos da CF, no seu artigo 14, as modalidades do plebiscito, do referendo, e da iniciativa popular".[48] Em suma, o direito de sufrágio alcança a proteção de todos os instrumentos necessários para permitir que o cidadão participe do destino do Estado, desde o alistamento eleitoral até a garantia da legitimidade e regularidade das eleições.

É possível, em termos didáticos, classificar os direitos políticos de acordo com a posição do cidadão perante o Estado, no que concerne à possibilidade de participação direta ou indireta nos órgãos de direção política.

Assim, há os *direitos políticos ativos*, que são aqueles relacionados ao direito do cidadão de escolher os seus mandatários, realizado instrumentalmente através do voto. No Brasil, as principais características do sufrágio (e do voto) são as seguintes: (i) é *universal*, exercido sem restrições de ordem econômica, social, de gênero, raça etc., ressalvados determinados requisitos objetivos impostos a todos; (ii) é *direto*, ou seja, realizado individualmente pelo cidadão e destinado a um determinado candidato ou partido; (iii) é *secreto*, devendo ser garantido pelo Estado um ambiente de votação que impeça vulnerar a liberdade de escolha do eleitor; (iv) é *periódico*, deve ser exercido com certa regularidade, em eleições previamente agendadas; (v) é *igual*, de modo que cada cidadão importa num voto a ser contado e apurado junto com os demais; (vi) é *obrigatório* aos maiores de 18 anos até os 70 anos, com exceção dos analfabetos, impondo-se o encargo do cidadão de comparecer às urnas; e (vii) constitui *cláusula pétrea*, sendo imune a propostas legislativas que objetivem sua abolição.

Em Portugal, a disciplina do sufrágio também contém aspectos semelhantes ao direito brasileiro,[49] sendo definido no artigo 10º, n.º 1, da CRP, que "o povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição", propugnando assim a democracia representativa. O artigo 49º do diploma constitucional, em complemento, estabelece que o direito de sufrágio pertence aos "cidadãos maiores de dezoito anos", ressalvadas as exceções legais, e que seu exercício "constitui um dever cívico", em que pese o voto não seja obrigatório, uma vez que a Constituição não prevê o dever jurídico.[50]

Ainda na Constituição portuguesa, o seu artigo 113º, n.º 1, dispõe que "o sufrágio directo, secreto e periódico constitui a regra geral de designação dos titulares dos órgãos electivos da soberania, das regiões autónomas e do poder local"

48 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.)
SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais (RT),* São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002). De igual modo, Carlos Blanco de Morais aponta que se exerce a cidadania em Portugal através do referendo e do plebiscito, que constituem "mecanismos que permitem que o povo se pronuncie sobre a aceitação ou rejeição de propostas de ordem política que se traduzem na adoção ou cancelamento de atos normativos (disposições constitucionais, leis e convenções internacionais)". (MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 125).

49 Vale, contudo, apontar a observação feita por José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira:
"Em teoria, o **direito de sufrágio** compreende duas vertentes: *(a)* o direito de sufrágio *activo*, que consiste no direito de votar, de participar em eleições; *(b)* o direito de sufrágio *passivo*, que garante o direito de ser eleito para qualquer cargo público, incluindo o direito de se candidatar ou se apresentar como candidato nas eleições. Todavia, na Constituição, o direito de sufrágio designa apenas a primeira vertente, estando a segunda abrangida no direito de acesso a cargos públicos, garantido no artigo seguinte (art. 50º)." (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1, p. 669, grifo do autor).

50 Ibidem, p. 671-672.

e, por fim, considerando a importância do instituto para o regime democrático, assentou-se no artigo 288º, alínea *h)*, que "as leis de revisão constitucional terão de respeitar: (...) *h)* O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional".[51]

Por fim, advirta-se que, nesta concepção ativa dos direitos políticos, não basta o exercício formal do sufrágio, para garantir a plenitude do regime democrático. É preciso que a vontade popular não seja viciada mediante a prática dos diversos tipos de abusos eleitorais, de cunho político ou econômico, mas, sim, que seja fruto de uma reflexão individual embasada no pleno conhecimento sobre os candidatos, sua vida pregressa e suas propostas. Devem ser garantidas aos cidadãos as suas liberdades políticas, de consciência, manifestação e reunião, entre outras, para que possam ser considerados livres para decidir os seus destinos.

De outro lado, os *direitos políticos passivos* constituem as prerrogativas do cidadão de participar da vida pública, postulando o exercício de cargos político-eletivos. Nessa senda, a elegibilidade é, exatamente, a faceta dos direitos políticos relacionada ao direito de o cidadão se lançar numa disputa eleitoral para se tornar representante do povo.

Para tanto, a Constituição Federal assenta, como já dito, a universalidade do sufrágio, de modo que não devem existir restrições injustificadas ao exercício da elegibilidade, o que será analisado mais adiante. Também se disciplina o estatuto dos partidos políticos, considerados indispensáveis para o regime democrático brasileiro, porquanto toda a candidatura a cargo eletivo precisa estar vinculada a um partido político devidamente formalizado. A elegibilidade representa, portanto, a justificação de um regime de democracia que privilegia a temporalidade das eleições e a capacidade do povo de cuidar de sua própria vida.

Já em Portugal, sobre o tema, a CRP estabelece, no seu artigo 48º, n.º 1, que "todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos" e, bem assim, no seu artigo 50º, n.º 1, que "todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, aos cargos públicos", residindo em tais preceitos os fundamentos da elegibilidade.

4 RESTRIÇÕES NORMATIVAS À ELEGIBILIDADE

Considerando que o foco do presente artigo diz respeito ao uso do princípio da proporcionalidade no âmbito do controle das restrições normativas à elegibilidade, passa-se então à análise de quais são estas restrições nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

51 Sobre os principais elementos identificadores do direito de sufrágio no ordenamento português (MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III:* Direito Eleitoral e Direito Parlamentar. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 45-46).

4.1 NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, para o cidadão concorrer a um cargo eletivo, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos estabelecidos na Constituição Federal e nos diplomas infraconstitucionais que tutelam o Direito Eleitoral.[52]

Os requisitos podem ser positivos, que são as chamadas condições de elegibilidade, os quais devem se fazer sempre presentes para se obter a autorização para o registro de uma candidatura; e negativos, as causas ou hipóteses de inelegibilidade, que, ao contrário, não devem incidir, sob pena de impossibilitar a participação do cidadão na disputa eleitoral.

4.1.1 Condições de elegibilidade

A elegibilidade, como já dito, consiste no "direito público subjetivo atribuído ao cidadão de disputar cargos público-eletivos".[53] Para alcançar esse direito, no entanto, é necessário inicialmente atender ao disposto no artigo 14, § 3º, da Constituição Federal, que estabelece as condições de elegibilidade, a serem disciplinadas na lei ordinária: a nacionalidade brasileira; o pleno exercício dos direitos políticos; o alistamento eleitoral; o domicílio eleitoral na circunscrição; a filiação partidária; e a idade mínima para cada cargo eletivo.

A nacionalidade brasileira é atribuível ao brasileiro, sendo que os estrangeiros são inalistáveis e, com relação aos de origem portuguesa com residência permanente no país, podem lhes ser atribuídos os direitos inerentes aos brasileiros desde que haja reciprocidade de direitos aos brasileiros.[54] Alguns cargos público-eletivos, todavia, são privativos dos brasileiros natos, especialmente o de Presidente da República, entre outros.[55]

A fruição dos direitos políticos é adquirida, inicialmente, a partir do alistamento eleitoral, que é o procedimento formal pelo qual o cidadão passa a integrar o conjunto de eleitores do país. A Constituição Federal prevê as situações de perda ou suspensão dos direitos políticos,[56] que impossibilitam o exercício da elegibilidade, e a legislação infraconstitucional estabelece ainda uma série de requisitos para a quitação de deveres perante a Justiça Eleitoral, tais como a prestação das contas de campanha eleitoral, sob pena de impedir o exercício dos direitos políticos e a postulação a cargos eletivos.[57]

52 Os atos normativos mais importantes da legislação eleitoral brasileira são: a Lei Complementar n.º 64/1990, que estabelece as causas de inelegibilidade; a Lei n.º 9.504/1997, que regula as eleições em geral; a Lei n.º 9.096/1995, que trata dos partidos políticos; e a Lei n.º 4.737/1965, que consiste no Código Eleitoral.

53 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral.* 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 177.

54 CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral.* 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 133-134.

55 Conforme define o art. 12, § 3º da Constituição Federal: "Art. 12. (...) § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas; VII - de Ministro de Estado da Defesa."

56 Constituição Federal: "Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º." Para estudo aprofundado GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral.* 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 9-26.

57 Lei n.º 9.504/97: "Art. 11. (...) § 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos: (...) VI - certidão de quitação eleitoral; (...) § 7º A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remitidas, e a apresentação de contas de

Exige-se ainda a comprovação do alistamento eleitoral, porquanto, para ser candidato, é necessário ser, primeiro, eleitor. Impõe-se também o domicílio eleitoral na circunscrição e a filiação partidária, ambos no prazo de pelo menos seis meses antes da eleição. Não existe, no Brasil, candidaturas avulsas, eis que todo candidato deve estar filiado a um partido político.

As idades mínimas exigidas para concorrer são: (i) 35 (trinta e cinco) anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; (ii) 30 (trinta) anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; (iii) 21 (vinte e um) anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito; (iv) 18 (dezoito) anos para Vereador. Essa idade é aferida com base na data prevista para a posse, salvo no caso de candidato a vereador, em que se analisará a idade na data do pedido de registro de candidatura.

Enfim, as condições de elegibilidade configuram os requisitos prévios e inafastáveis que o cidadão deve compor para que possa se apresentar como candidato a um cargo eletivo.

4.1.2 Causas de inelegibilidade

As causas de inelegibilidade são situações que impedem a capacidade do cidadão de ser votado ou eleito, acarretando a perda temporária da elegibilidade, e estão previstas tanto na Constituição Federal como na Lei Complementar (LC) n.º 64/1990.[58]

As inelegibilidades constitucionais estão descritas no artigo 14, §§ 4º a 7º da Constituição Federal[59] e se referem às seguintes situações: (i) inalistabilidade;[60] (ii) analfabetismo; (iii) a impossibilidade de mandatários do Poder Executivo disputarem um terceiro mandato consecutivo; (iv) o não afastamento de certos mandatários do Executivo impedem que concorram a outros cargos eletivos; e (v) certos graus de parentesco com mandatários do Executivo impedem a elegibilidade no território da jurisdição do titular.[61]

De outro lado, as inelegibilidades infraconstitucionais constam na Lei Complementar n.º 64/1990, contendo modificações decorrentes da Lei Complementar n.º 135/2010, obra de iniciativa popular[62] que ficou conhecida como a Lei da Ficha Limpa, que instituiu novas hipóteses de inelegibilidade, majorou os períodos de duração e fixou novos momentos para início dos impedimentos, com o objetivo de

campanha eleitoral."

58 Essa topografia jurídica distinta enseja diferenças significativas no processo eleitoral. Se as causas de inelegibilidade forem de natureza constitucional, elas podem ser apontadas à Justiça Eleitoral em variados momentos, desde a fase inicial do pedido de registro de candidatura até três dias após a diplomação dos eleitos. Já as inelegibilidades infraconstitucionais somente podem ser invocadas durante o período do registro de candidatura, ressalvadas aquelas que forem supervenientes ao pedido de registro.

59 Veja-se o teor das normas: "Art. 14 (...) § 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subseqüente. § 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. § 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição."

60 No particular, a CF foi redundante, eis que já previsto o alistamento eleitoral como condição de elegibilidade.

61 Acerca da temática, cfr. GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral.* 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 206-227.

62 Em verdade, após se conseguir reunir cerca de 1,3 (um vírgula três) milhões de assinaturas de cidadãos para apresentação do projeto de lei, entendeu-se que seria demasiado custoso proceder à conferência das assinaturas, razão por que as disposições do projeto de foram "aproveitadas" a um outro em trâmite no Congresso. (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21571>. Acesso em: 28 ago. 2018).

aperfeiçoar a proteção aos valores constitucionais da probidade administrativa e da moralidade no exercício do mandato.

As inelegibilidades da Lei Complementar n.º 64/1990 são de duas espécies: (i) absolutas ou gerais, referente a todos os cargos em disputa, identificadas no inciso I do seu artigo 1º; e (ii) relativas ou especiais, dirigidas a determinados cargos públicos eletivos ou em razão da incidência de algumas circunstâncias, conforme exaustivo rol dos incisos II a VII do artigo 1º da citada lei, encerrando, na maior parte, situações de incompatibilidade entre o exercício de funções privadas ou públicas com a atividade política almejada, que podem ser afastadas em caso de tempestiva desincompatibilização.

Mostra-se relevante ao propósito deste trabalho transcrever as hipóteses de inelegibilidade absolutas previstas na Lei Complementar n.º 64/1990, considerando as alterações e inclusões efetuadas pela Lei Complementar n.º 135/2010: [63]

> Art. 1º São inelegíveis:
> I - para qualquer cargo:
> a) os inalistáveis e os analfabetos;
> b) os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subseqüentes ao término da legislatura;
> c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;
> d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;
> e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:
> 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
> 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;

63 As alterações e inclusões efetuadas pela Lei Complementar n.º 135/2010 consistiram, em resumo, no seguinte:
(i) as alíneas "*a", "b"* e "*i"* não sofreram qualquer modificação; (ii) as alíneas "*c", "d", "f", "g"* e *"h"* tiveram nova redação;
(iii) as alíneas *"j", "k", "l", "m", "n"*, *"o", "p"* e *"q"* foram incluídas pela novel legislação;
(iv) o *caput* da alínea "e*"* teve a redação modificada e os seus itens 1 a 10 foram incluídos pela LC n.º 135/2010.

3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
8. de redução à condição análoga à de escravo;
9. contra a vida e a dignidade sexual; e
10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos;

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade;

j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;

k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica

> do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;
> l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;
> m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;
> n) 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;
> o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;
> p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;
> q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos;
> (...)
> § 4º A inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada.
> § 5º A renúncia para atender à desincompatibilização com vistas a candidatura a cargo eletivo ou para assunção de mandato não gerará a inelegibilidade prevista na alínea k, a menos que a Justiça Eleitoral reconheça fraude ao disposto nesta Lei Complementar.

Dentre as principais e polêmicas inovações, a Lei da Ficha Limpa instituiu situações de inelegibilidade de pessoas condenadas pela prática atos ilícitos de natureza cível (eleitoral ou improbidade) ou criminal, a partir da decisão de um órgão judicial colegiado, afastando a exigência do trânsito em julgado da condenação para impedir a participação do cidadão na disputa eleitoral.[64] Mais

64 Sobre a inelegibilidade da alínea *"g"* do art. 1º, I, da norma, cfr. MELLO, Ruy Nestor Bastos; MAGALHAES, Jarbas Santana. A inelegibilidade da rejeição de contas dos gestores públicos: incidência da inelegibilidade na hipótese de rejeição das contas

adiante, será tratado com pormenores as discussões jurídicas a respeito da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, buscando situá-las no bojo da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Perceba-se por ora que, nesse rol de inelegibilidades absolutas, encontram-se listadas as situações de práticas de atos ilícitos que repercutem seriamente na legitimidade e moralidade da ocupação de cargos eletivos. Em cada uma das hipóteses de inelegibilidade, cujo estudo detalhado não comporta nesse trabalho, há a indicação clara do legislador de proteger a população em face de candidatos cujas vidas pregressas demonstram a inaptidão para representar os interesses dos cidadãos na condução dos destinos do Estado brasileiro.

4.1.3 Requisitos procedimentais e o contencioso judicial eleitoral

Além dos pressupostos básicos relativos às condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade, há outros requisitos, de natureza meramente procedimental, para que se possa exercer a capacidade eleitoral passiva.

Os mais relevantes se reportam à necessidade de o cidadão ser escolhido em convenção partidária, considerando a exigência de filiação partidária, e de ter o seu pedido de registro de candidatura deferido pela Justiça Eleitoral.

Os demais requisitos procedimentais podem ser verificados na Lei n.º 9.504/97, na parte que disciplina o registro de candidatura, e se referem basicamente ao fornecimento de documentos de identificação e comprobatórios do atendimento das condições de elegibilidade, além de certidões de antecedentes criminais.

Esse conjunto de requisitos, bem assim o atendimento das condições de elegibilidade e a não incidência de hipótese de inelegibilidade, serão objeto de análise num processo judicial eleitoral específico denominado processo de pedido de registro de candidatura, no qual caberá ao órgão judiciário (juiz singular ou tribunal) deliberar sobre o cumprimento das normas eleitorais e, ao final, decidir pela regularidade ou não do registro de candidatura pleiteado.

Assim, somente poderá ser considerado candidato a pessoa que tiver seu pedido de registro autorizado pela Justiça Eleitoral, quando então passará a exercer plenamente o direito à elegibilidade, estando apto à disputa eleitoral.

4.2 NO DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal, o sistema é relativamente semelhante.

Em que pese inexista um Código Eleitoral[65] a tratar de todas as normas sobre as condições de candidatura, a legislação portuguesa estabelece as condições ou requisitos para que o cidadão possa pleitear a disputa por um cargo público eleitoral, bem assim a fixação de hipóteses de inelegibilidade que acarretam o impedimento ao escrutínio eleitoral.

---

de gestão dos chefes do Poder Executivo pelos tribunais de contas. *In: Revista Populus*, v. 2, p. 139-168, 2016. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ba-revista-populus-2016-1481736169463>. Acesso em: 28 jun. 2018.

65 Jorge Miranda critica a ausência de um Código Eleitoral português, aduzindo ser um "imperativo democrático de cidadania" que as normas eleitorais "se vertam num texto único, claro, sintético, bem organizado, bem sistematizado, em vez de estarem retalhadas por múltiplas emendas feitas mais ou menos avulsamente" (MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III:* Direito Eleitoral e Direito Parlamentar. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 36). Idem, 2007. p. 619-620.

Inicialmente, esclareça-se que os cargos eletivos em Portugal são os de Presidente da República; deputados da Assembleia da República; deputados das Assembleias Legislativas das Regiões Autônomas dos Açores e da Madeira;[66] e os membros dos órgãos das autarquias locais, que são as câmaras municipais, as assembleias municipais e as assembleias de freguesia. Além desses cargos internos, Portugal elege deputados para compor o Parlamento Europeu.

São vários os requisitos positivos para a elegibilidade (ou seja, as *condições de elegibilidade* no direito brasileiro), podendo-se citar, como exigência comum a todos os cargos, o dever de o candidato estar inscrito no recenseamento. Impõe-se que o candidato seja um eleitor, que exerça com plenitude o direito político do sufrágio, o qual, como já afirmado, nos termos do artigo 49º, n.º 1, da Constituição da República, pertence a "todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral".[67]

A título de requisitos específicos por cargos eletivos, os mais importantes são: (i) para o cargo de Presidente da República: origem portuguesa; idade superior a 35 (trinta e cinco) anos; candidatura proposta por um mínimo de 7.500 (sete mil e quinhentos) e um máximo de 15.000 (quinze mil) eleitores; apresentação da candidatura até 30 (trinta) dias antes da data agendada para a eleição; (ii) para os cargos de deputados da Assembleia da República e para as Assembleias Regionais:[68] origem portuguesa, apresentação das candidaturas pelos partidos políticos, isoladamente ou em coligação, podendo as listas integrar cidadãos não inscritos nos respectivos partidos; (iii) para os membros dos órgãos das autarquias locais: cidadãos residentes no território português e nacionais dos estados da União Europeia ou dos países de língua oficial portuguesa e ainda nacionais de outros países que atribuam capacidade eleitoral aos portugueses neles residentes; candidatura apresentadas por partidos políticos, isoladamente ou em coligação, ou por grupos de cidadãos eleitores, nos termos da lei; (iv) para deputados ao Parlamento Europeu: cidadãos portugueses e os cidadãos da União Europeia recenseados em Portugal.

Importante também dizer que, para quaisquer dos cargos eletivos em Portugal, não há exigência de filiação partidária para as candidaturas, de modo diferente ao que ocorre no sistema jurídico-eleitoral do Brasil.

Com relação às inelegibilidades, existem aquelas previstas na própria Constituição e as estabelecidas na legislação ordinária.

As inelegibilidades constitucionais relacionadas ao cargo de Presidente da República dizem respeito apenas à pessoa daquele que é ou foi Presidente,[69] a saber: (i) inadmissão de reeleição para o terceiro mandato consecutivo ou durante o período de 5 (cinco) anos subsequentes ao fim do segundo mandato consecutivo (artigo 123.º, n.º 1); (ii) impedimento de concorrer nas eleições presidenciais

66 Nestas regiões, além da Assembleia Legislativa, há também um órgão de governo próprio, o Governo Regional, cujo presidente é nomeado pelo Representante da República que fora indicado pelo Presidente da República, nos termos dos artigos 230º e 231º da CRP.

67 Anota Jorge Miranda que as incapacidades estão previstas no artigo 2º da Lei n.º 14/79, de 16 de maio, e se referem às seguintes situações: "- os interditos por sentença com trânsito em julgado; - os notoriamente reconhecidos como dementes, ainda que não interditos por sentença, quando internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos; - os que estejam privados de direitos políticos, por decisão judicial transitada em julgado" (MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III:* Direito Eleitoral e Direito Parlamentar. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 36; Idem, 2007. p. 53).

68 Na região autônoma da Madeira, exige-se também a residência habitual na localidade como condição de elegibilidade (artigo 17 da Lei n.º 13/91, de 5 de junho, e o artigo 4º da Lei n.º 1/2006, de 13 de fevereiro).

69 OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português:* organização do poder político. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. p. 223.

que ocorrerem nos 5 (cinco) anos subsequentes à renúncia anterior ao cargo de Presidente da República (artigo 123.º, n.º 2); e (iii) impossibilidade de reeleição em caso de condenação por crimes vinculados ao exercício das suas funções como Presidente da República (artigo 130.º, n.º 3).

No que pertine aos cargos de deputados da Assembleia da República, as inelegibilidades constitucionais são situações de incompatibilidades, as quais "não limitam o acesso a determinados cargos; impedem o seu exercício simultâneo com uma actividade julgada incompatível",[70] como, por exemplo, as previstas no artigo 151º, n.º 2 ("Ninguém pode ser candidato por mais de um círculo eleitoral da mesma natureza, exceptuando o círculo nacional quando exista, ou figurar em mais de uma lista") e no artigo 154º, n.º 1 ("Os Deputados que forem nomeados membros do Governo não podem exercer o mandato até à cessação destas funções, sendo substituídos nos termos do artigo anterior").

As demais causas de inelegibilidade estão previstas na legislação ordinária.

Para o cargo de Presidente da República, o artigo 5º do Decreto Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio, prevê como inelegíveis "os cidadãos feridos por qualquer das incapacidades eleitorais passivas previstas no Decreto-Lei n.º 621-B/74, de 15 de Novembro", diploma este que faz referência aos "indivíduos que, por funções exercidas anteriormente a 25 de Abril de 1974, não podem ser eleitores da Assembleia Constituinte ou eleitos para a mesma Assembleia".

Já para os cargos da Assembleia da República, a Lei n.º 14/79, de 16 de maio, estabelece, nos seus artigos 5º e 6º, um rol de inelegibilidades gerais relacionadas à ocupação de determinadas funções, tais como os magistrados judiciais ou do Ministério Público, os militares, os diplomatas, entre outros; e as inelegibilidades especiais, que são os casos de incompatibilidades.[71] Quanto aos cargos dos órgãos das Autarquias Locais, a Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de agosto, também prevê uma série de impedimentos de pessoas ocupantes de variadas funções públicas, como, por exemplo, os directores de finanças e chefes de repartição de finanças, os secretários de justiça e administradores judiciários etc.[72]

Da análise dos quadros normativos brasileiro e português, percebe-se que, nas leis eleitorais portuguesas, não há o estabelecimento, em regra, como hipóteses de inelegibilidade, de condenações por atos ilícitos cíveis ou criminais, de situações de demissões, cassação de aposentadorias e de exclusão do exercício de profissões liberais. As causas de inelegibilidade portuguesas dizem respeito, de forma mais presente, a circunstâncias pessoais ou profissionais dos candidatos, sem vinculação a um ilícito praticado, tal como a ocupação de certos cargos públicos, o que impõe a vedação de sua participação no processo eleitoral.

70 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 679.

71 Sobre a distinção entre inelegibilidade e incompatibilidade, no âmbito do direito português, veja-se a lição de Maria de Fátima Abrantes Mendes e Jorge Miguéis: "Com efeito, 'inelegibilidade', ou incapacidade eleitoral passiva, é a impossibilidade de apresentação de candidatura a um determinado órgão electivo, implicando a perda de mandato caso seja detectada posteriormente à eleição, enquanto 'incompatibilidade' é uma simples impossibilidade de exercício de dois cargos, profissões ou funções, não impedindo, contudo, a apresentação de candidatura e, portanto, a elegibilidade e atribuição do mandato. A incompatibilidade apenas impede o exercício simultâneo do mandato de deputado com outros cargos ou funções públicas." (MENDES, Maria de Fátima Abrantes; MIGUÉIS, Jorge. *Lei Eleitoral da Assembleia da República*, 4. reedição, actualizada, anotada e comentada com os resultados eleitorais de 1976 a 2002. Torres Novas: Gráfica Almondina, 2005. p. 12).

72 Apenas para registro, as leis que cuidam de outros cargos eletivos em Portugal e que também estabelecem inelegibilidades semelhantes às descritas anteriormente: (i) Assembleia Legislativa dos Açores: Decreto-Lei n.º 267/80; (ii) Assembleia Legislativa da Madeira: Lei Orgânica n.º 1/16; (iii) Parlamento Europeu: Lei n.º 14/87.

Uma ressalva é a inelegibilidade prevista no artigo 13º da Lei n.º 27/96, de 1 de agosto, que estabelece o regime jurídico da tutela administrativa das autarquias locais, ao se prever que "A condenação definitiva dos membros dos órgãos autárquicos em qualquer dos crimes de responsabilidade previstos e definidos na Lei n.º 34/87,[73] de 16 de Julho, implica a sua inelegibilidade nos actos eleitorais destinados a completar o mandato interrompido e nos subsequentes que venham a ter lugar no período de tempo correspondente a novo mandato completo, em qualquer órgão autárquico."[74] Nesta hipótese, há semelhança com a norma das inelegibilidades brasileiras, ao se estabelecer que uma determinada condenação pode implicar na inelegibilidade do infrator.

Por fim, anote-se que existe também, no ordenamento português, uma série de requisitos procedimentais a serem cumpridos, estabelecidos na legislação ordinária mencionada, além de um sistema de controle judicial dos partidos políticos e dos candidatos, sendo definida pela Constituição da República, em seu artigo 113º, n.º 7, que "o julgamento da regularidade e da validade dos actos de processo eleitoral compete aos tribunais". Será o Poder Judiciário, pois, o fiador da legitimidade do pleito eleitoral, analisando, entre outras questões, o atendimento pelos candidatos das exigências legais para deferimento de suas candidaturas.[75]

5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PARADIGMA PARA A CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES NORMATIVAS À ELEGIBILIDADE

Encontra-se sacramentada a possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade como balizador para o reconhecimento da constitucionalidade ou não dos atos normativos. Tanto na doutrina como no âmbito das decisões proferidas pelo STF ou pelo TC, são perceptíveis as referências expressas ao princípio da proporcionalidade como medida de apuração da compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais com os princípios e regras previstos na Constituição.

A situação não é diferente com relação às normas que trazem restrições ao direito à elegibilidade. Como se trata de um direito fundamental,[76] é importante

73 Esclarece Jorge Miguéis *et al*. que "Os crimes de responsabilidade de titular de cargo político, previstos no referido diploma, são: traição à Pátria; atentado contra a CRP; atentado contra o Estado de Direito; coação contra órgãos constitucionais; prevaricação; denegação de justiça; desacatamento ou recusa de execução de decisão de tribunal; violação de normas de execução orçamental; suspensão ou restrição ilícitas de direitos, liberdades e garantias; recebimento indevido de vantagem; corrupção passiva; violação de regras urbanísticas; peculato; peculato de uso; peculato por erro de outrem; participação económica em negócio; emprego de força pública contra a execução de lei, mandato ou ordem legal; recusa de cooperação; abuso de poderes; violação de segredo." (Idem, 2005, p. 75)

74 Ressalve-se, porém, que o Tribunal Constitucional não admitiu a aplicação automática do efeito previsto na norma por ofensa ao n.º 4 do artigo 30º da Constituição, que dispõe que "Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos.", conforme acórdão n.º 473/09 (processo n.º 771/09, 2.ª Secção, Relator Conselheiro João Cura Mariano).

75 Sobre o tema, Jorge Miguéis registra que, "sendo o direito eleitoral um pilar do Estado de Direito democrático, o contencioso eleitoral é, adjectivamente, a sua garantia quando assegura, se questionado, a periodicidade do sufrágio, a verdade dos resultados eleitorais e a livre expressão dos eleitores". MIGUÉIS, Jorge. O contencioso e a jurisprudência eleitoral em Portugal. In: *Revista de Assuntos Eleitorais* n. 9, Lisboa, p. 59-77, 2005.

76 Nesta condição, explica Ingo Sarlet que aos direitos políticos se aplica o "*regime do controle das restrições em matéria de*

que as normas que afetem a elegibilidade ultrapassem os testes da proporcionalidade, ou seja, que atendam aos seus princípios parciais. Caso se verifique que a restrição não seja adequada, necessária ou proporcional em sentido estrito, há de ser declarada a inconstitucionalidade da norma, impedindo a produção de seus efeitos, por afrontar, em demasia, o direito de o cidadão postular sua participação política no Estado.

Mas antes de analisar os casos e situações em que se aplica o princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das normas restritivas à elegibilidade, importante tecer alguns comentários sobre a extensão do controle do juiz constitucional e os valores jurídicos constitucionais a serem objeto de apreciação pelo julgador.

5.1 LIMITES E ALCANCE DO CONTROLE DO JUIZ CONSTITUCIONAL

Sob a perspectiva de aplicação do princípio da proporcionalidade, há determinados limites de atuação da jurisdição constitucional no controle da compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição. A temática tem relevância fundamental e imbricação com a teoria da separação dos poderes, uma vez que, do quadro normativo que disciplinar as regras de competência dos Poderes do Estado, resultará a formatação do controle de constitucionalidade e, neste âmago, das técnicas de julgamento com base na proporcionalidade.

De modo geral, adotando-se como base uma teoria da separação de poderes contemporânea, em que se manifestam as marcas da harmonia e da interdependência, deve-se garantir uma certa faixa de autonomia ao Poder Legislativo para o exercício de sua competência, cabendo ao Judiciário intervir apenas nos casos em que efetivamente se demonstre a restrição indevida a um direito fundamental, notadamente àqueles de maior expressividade, como a vida, a liberdade, a igualdade, entre outros.[77]

Nesse sentido, a aplicação do princípio da proporcionalidade para fins de controle da constitucionalidade da norma deve respeitar algumas considerações específicas com relação à análise do atendimento de seus subprincípios.

No que concerne ao segmento da *adequação*, sabe-se que há diferentes gradações do meio, que pode ser mais ou menos eficiente, melhor ou pior (em comparação a outro meio) e que produza com maior ou menor certeza os efeitos almejados. Em que pese essa miríade de opções, para que a norma (o meio) seja considerada legítima, basta que ela tenha uma eficácia mínima de produção do resultado.[78]

De igual modo, no âmbito do requisito da *necessidade*, considerando a variedade da qualidade dos meios disponíveis para produzirem o fim (mais ou menos rápido, eficaz, custoso, fácil etc.) e, bem assim, o princípio da legalidade,

direitos fundamentais, com destaque para a observância das reservas legais simples e qualificadas, os critérios de proporcionalidade e a salvaguarda do núcleo essencial" (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 667, grifo do autor).

77 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 176-178.

78 Ibidem, p. 167-172.

o controle jurisdicional sobre a legitimidade do ato normativo também não deve ser de natureza rigorosa. Ao contrário, o juiz constitucional deve apenas declarar irregular a medida se houver, de forma flagrante, um outro meio que promova o fim, com a mesma intensidade, e seja menos restritivo.[79]

Tanto no âmbito da adequação como da necessidade, permite-se ao juiz constitucional apreciar a veracidade e a compatibilidade das premissas fáticas utilizadas pelo legislador para elaboração da norma.[80] O juiz constitucional substitui o legislador, nessa análise, para o fim de verificar se os critérios empíricos utilizados suportam a eficácia da norma e se há alternativas existentes e conhecidas – ou que deveriam ser conhecidas – menos lesivas aos direitos fundamentais afetados pelo ato normativo.

Por fim, quanto à *proporcionalidade em sentido estrito*, há uma liberdade maior de atuação do juiz constitucional, através da ponderação entre os valores e finalidades do ato normativo e os eventuais danos dele decorrentes aos direitos do cidadão. Nessa quadra, de acordo com a posição doutrinária e jurisprudencial majoritária,[81] a norma será constitucional desde que não seja desproporcional, isto é, que os efeitos negativos produzidos não superem os positivos. Dito de outro modo, para se declarar a constitucionalidade, não se faz necessário demonstrar que os efeitos positivos produzidos pela norma são superiores aos malefícios causados a um direito fundamental atingido, basta que sejam equivalentes.[82]

Em acréscimo, é importante afirmar que a proporcionalidade é um critério ou parâmetro de julgamento de constitucionalidade da norma, não servindo, contudo, como o fundamento isolado para a declaração de uma eventual inconstitucionalidade. Não se pode admitir que se justifique a decisão com base na mera assertiva de que a norma ofende o princípio da proporcionalidade, que, por ser de natureza constitucional, acarretaria a inconstitucionalidade do ato normativo. Há um equívoco nessa concepção porque o "raciocínio correto é diferente: a lei tratou de modo *desproporcional* determinado direito ou valor constitucional; por violar esse direito específico (tratado de modo desproporcional) é que a referida lei é inconstitucional".[83]

O juiz constitucional tem o dever de apresentar uma argumentação jurídica responsável sobre o conhecimento dos valores em disputa e as razões que justificaram a sobreposição de um direito fundamental em face de outros interesses

79 Ibidem, p. 172-174.

80 Gilmar Mendes, após destacar que "a exemplo da experiência alemã, o Supremo Tribunal Federal empreende a análise de elementos da realidade envolvendo tanto as normas constitucionais quanto as normas infraconstitucionais submetidas ao controle de constitucionalidade", registra que "é notória essa análise nos casos de aplicação do princípio da proporcionalidade como vedação ao excesso do Poder Legislativo, ou, ainda, sob a forma de proibição de proteção insuficiente". ("Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro", in Carlos Blanco de Morais e Elival da Silva Ramos (coordenadores), *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, São Paulo, Almedina, 2012, p. 175).

81 CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 869.

82 Justifica-se esse caráter mais restritivo do controle jurisdicional através do princípio da proporcionalidade porque, como adverte Vitalino Canas: "O princípio da proibição do excesso não visa a obtenção de uma realização *plena ou integral* dos bens, interesses ou valores ativos. Na sua modalidade comum, o princípio da proibição do excesso está vocacionado para a limitação de compressões inúteis, desnecessárias ou desproporcionada e não para maximização ou otimização dos resultados. O princípio preocupa-se com a proteção do *'lado mais fraco'*, o lado *passivo* da colisão de bens, interesses ou valores, o lado dos bens, interesses ou valores sujeitos a interferência, vedando agressões não justificadas. O princípio não visa, em primeira linha, a realização máxima do '*lado mais forte*', ou lado *ativo*, o lado dos bens, interesses ou valores satisfeitos, em regra interesses públicos." (Ibidem, p. 587-588, grifo do autor)

83 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 132, grifo do autor.

relevantes, sendo o princípio da proporcionalidade um valioso instrumento para o cumprimento desse encargo.

5.2 VETORES FUNDAMENTAIS PARA APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

Para além da compreensão e correta utilização do princípio da proporcionalidade, é necessário verificar quais são os valores e interesses que devem ser ponderados no que pertine ao direito à elegibilidade, em contraponto com outros direitos e valores constitucionais. Essa tarefa é relevante porque, como já ressaltado, o princípio da proporcionalidade, por mais que bem estruturado formalmente, é neutro quanto aos valores que estão em jogo, de modo que cabe ao intérprete conhecê-los adequadamente, para propiciar uma decisão devidamente ponderada e justa para o caso sob apreciação.

De logo, perceba-se que os direitos políticos têm o desiderato, ao fim e ao cabo, de propiciar eleições legítimas, em que se observe a participação popular sem a marca do abuso de poder econômico ou político. Assim, afirma Carlos Blanco de Morais que "a existência de um processo eleitoral livre, regular e igual com observância do princípio majoritário constitui pressuposto fundamental de uma democracia representativa e competitiva".[84]

Os valores que têm pertinência com o direito à elegibilidade são encontrados, geralmente, nos atos normativos estatais, além de serem objeto de estudos pela doutrina e sufragados nas decisões dos Tribunais. A regra, como tem de ser, é a elegibilidade dos cidadãos naturais e residentes de um determinado país, sendo que as restrições a tal direito devem ser plenamente justificadas e atenderem a valores outros igualmente relevantes. Como anuncia Ingo Sarlet, "*os direitos políticos não têm* a priori *peso maior ou menor que os demais direitos e garantias fundamentais*, devendo ser *aplicados de modo sistemático e harmônico",*[85] de modo que podem ser limitados em face de outros valores relevantes.

No âmbito constitucional brasileiro,[86] o estabelecimento de causas de inelegibilidade, através de normas infraconstitucionais ou de emendas à Constituição, deve ser pautado pela finalidade de proteção dos seguintes valores: (i) a probidade administrativa; (ii) a moralidade para exercício de mandato, com a consideração da vida pregressa do candidato; (iii) a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.[87]

84 MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político.* Coimbra: Almedina, 2017. p. 74.

85 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 667, grifo do autor.

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

87 Sobre a possibilidade de restrição dos direitos políticos em prol desses valores constitucionais, veja-se a lúcida observação de Edson de Resende de Castro: "Não há regime de democrático que se sustente sem que a representação – extraída das urnas – atenda ao interesse público de lisura, não só da disputa, como também do exercício do mandato, sob pena de desencantamento do seu soberano, o povo, e daí o seu enfraquecimento. E, para efetivação destes princípios, impõem-se restrições e limites à capacidade eleitoral passiva – 'jus honorum' – daqueles que trazem na sua vida, atual ou pregressa, registros de fatos, circunstâncias, situações ou comportamentos – não necessariamente ilícitos – tidos como suficientes pelo ordenamento jurídico para despertar a necessidade de preservação daqueles valores". (CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral.* 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 149)

Desta forma, na aplicação do princípio da proporcionalidade para fins de controle da constitucionalidade, deve o intérprete proceder, como baliza fundamental, à ponderação entre o direito fundamental da elegibilidade e os valores mencionados na Carta Magna. A restrição ao direito à elegibilidade somente será legítima se for atendida uma das finalidades invocadas na Constituição como fundantes e proporcionais ao dano ocasionado à capacidade passiva eleitoral do cidadão.

Na Constituição da República portuguesa, o artigo 50º, n.º 3, estabelece que "No acesso a cargos electivos a lei só pode estabelecer as inelegibilidades necessárias para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do exercício dos respectivos cargos.". Além disso, há as previsões do artigo 18º, n.os 2 e 3, pelos quais as restrições legais a direitos, liberdades e garantias devem "limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" e "têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.".

Os valores apontados pelo Constituinte português como relevantes para o contraponto com o direito à elegibilidade – e para justificar sua restrição – se referem, pois, à garantia: (i) da liberdade de escolha dos eleitores; e (b) da isenção e independência no exercício do cargo eletivo. Jorge Miranda acrescenta que as restrições devem respeitar ainda "o princípio da renovação dos titulares dos cargos políticos (artigo 118º) e a preservação de instituições essenciais da soberania [arts. 1º, 9º, alíena *a),* 202º, n.º 1, 275º, n.º 4]".[88] Todos esses princípios reitores é que servirão como norte de discussão jurídica para a deliberação sobre a legitimidade ou não da restrição ao direito fundamental da elegibilidade dos cidadãos portugueses.

Advirta-se que a densificação dos valores constitucionais, seja os da Constituição brasileira, seja os da portuguesa, é uma tarefa que competirá ao julgador e a sua solução variará a depender do sentido e da realidade concreta que possui cada um dos signos dispostos na Carta Maior. Não se pode, de forma alguma, listar nesse estudo as inúmeras possibilidades de enquadramento das justificativas do legislador de atendimento aos valores delimitados na Constituição, o que somente será objeto de apreciação num caso concreto, quando então se discutirá acerca da correção ou não da atividade de ponderação.

O que se tem, como certo, é que há um conjunto de valores constitucionais relevantes para a vida em comunidade, os quais permitem razoavelmente justificar as restrições normativas à elegibilidade. Em suma, o direito do cidadão de participar ativamente da vida política pode ser limitado por outros direitos e valores mais importantes, que visam, igualmente, a fortalecer o regime democrático de um Estado.

5.3 O JULGAMENTO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA PELO STF

Expostos os contornos do controle do juiz constitucional e enunciados os valores a serem objeto de ponderação no conflito entre o direito de sufrágio e a previsão de inelegibilidades, mostra-se importante analisar o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei Complementar n.º

88 MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III:* Direito Eleitoral e Direito Parlamentar. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 63.

135/2010, a Lei da Ficha Limpa, quando então se verificará de que forma ocorreu a aplicação do princípio da proporcionalidade como técnica de decisão.

A referida Lei Complementar, consoante já anotado, alterou dispositivos da Lei Complementar n.º 64/1990, que estabelece as causas de inelegibilidade, acrescentando-lhe novas hipóteses de incidência, aumentando os períodos de duração dos impedimentos e estabelecendo novos marcos temporais para início das restrições, especialmente a partir da decisão de um órgão colegiado judicial nos casos de condenação por atos ilícitos.

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Lei Complementar n.º 135/2010,[89] no julgamento conjunto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4.578, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.os 29 e 30, ajuizadas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente, figurando como Relator das demandas o Min. Luiz Fux.[90]

Nestas ações, houve a análise de variados argumentos sobre a suposta inconstitucionalidade da norma, tais como as ofensas aos princípios da irretroatividade da lei mais gravosa, da presunção de inocência, do ato jurídico perfeito, entre outros. O importante para o presente estudo é que a Lei passou pelo escrutínio do princípio da proporcionalidade, porquanto "a maioria dos Ministros entendeu que a restrição dos direitos políticos do cidadão estaria justificada pelos benefícios políticos e sociais trazidos pela lei, especialmente no tocante à moralidade e à probidade para o exercício dos cargos públicos".[91] Inclusive, na própria ementa do acórdão,[92] restou consignada a expressa referência ao princípio da proporcionalidade como medida de decisão pela constitucionalidade da norma.

Em seu fundamentado voto, o Min. Rel. Luiz Fux apontou inicialmente que as restrições normativas aos direitos fundamentais devem sujeição a três princípios: o da razoabilidade, o da proporcionalidade e o da proteção do núcleo essencial do direito. Quanto à razoabilidade, assacou que "o difundido juízo social de altíssima reprovabilidade das situações descritas nos diversos dispositivos introduzidos pela Lei Complementar n.º 135/10 demonstram, à saciedade, que é mais do que razoável que os indivíduos que nelas incorram sejam impedidos de concorrer em eleições". No tocante à proteção da essência do direito ao sufrágio, informou que "não existe

89 Vale o registro de que, antes do julgamento dessas ações, o STF havia decidido em 23 de março de 2011, no Recurso Extraordinário n.º 633.703, que as novas regras da Lei Complementar n.º 135/2010 não poderiam ser aplicadas às eleições de 2010, considerando o princípio da anualidade eleitoral, previsto no artigo 16 da CF, pelo qual deve haver um interstício mínimo de um ano para aplicação da lei que alterar o processo eleitoral.

90 O julgamento foi concluído em 16/02/2012, cujo inteiro teor do acórdão está disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 29 ago. 2018. A síntese do julgado consta no item 13 da ementa do acórdão: "13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas "c", "d", "f", "g", "h", "j", "m", "n", "o", "p" e "q" do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar n.º 64/90, introduzidas pela Lei Complementar n.º 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado."

91 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 768.

92 Observem-se os itens 6 e 7 da ementa do acordão: "6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar n.º 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus publico*. 7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar n.º 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares."

lesão ao núcleo essencial dos direitos políticos, porque apenas o direito passivo – direito de candidatar-se e eventualmente eleger-se – é restringido, de modo que o indivíduo permanece em pleno gozo de seus direitos ativos de participação política."

De modo específico quanto ao princípio da proporcionalidade, o Relator procedeu à análise da matéria de acordo com a estrutura racional do instrumento jurídico, apontando expressamente que as causas de inelegibilidade em análise "passam no conhecido triplo teste de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito".[93]

Sobre o segmento da adequação, o Min. Relator assacou, corretamente, que "as inelegibilidades são aptas à consecução dos fins consagrados nos princípios elencados no artigo 14, § 9º, da Constituição, haja vista o seu alto grau moralizador". No corpo de seu voto, o julgador abordou a relevância da finalidade da norma e a extrema importância que o rol de inelegibilidades da lei em análise apresentou para consecução da finalidade de proteção da moralidade e da legitimidade do exercício do cargo eletivo.

No que se refere ao subprincípio da necessidade, igualmente acertou o Relator em apontar que o legislador foi extremamente hábil e cauteloso ao impor uma série de requisitos para configuração das causas de inelegibilidade, tais como a exigência de que a condenação que ensejar o impedimento seja decretada por órgão colegiado e a possibilidade da atuação do Judiciário para suspender, quando for o caso, os efeitos da hipótese jurídica causadora da inelegibilidade. Forte em tais argumentos, mostrou o julgador a ausência de meios menos lesivos e que fossem hábeis a atingir o desiderato da norma.

Com relação ao segmento da proporcionalidade em sentido estrito, o Min. Luiz Fux seguiu a posição doutrinária de não declarar a inconstitucionalidade da norma por ela não ser desproporcional, declinando que "o sacrifício exigido à liber-

93 Relevante a transcrição das seguintes razões contidas no voto do Min. Rel. Luiz Fux: "Do ponto de vista da adequação, não haveria maiores dificuldades em afirmar que as inelegibilidades são aptas à consecução dos fins consagrados nos princípios elencados no art. 14, § 9º, da Constituição, haja vista o seu alto grau moralizador.

Relativamente à necessidade ou exigibilidade – que, como se sabe, demanda que a restrição aos direitos fundamentais seja a menos gravosa possível –, atente-se para o fato de que o legislador complementar foi cuidadoso ao prever requisitos qualificados de inelegibilidade, pois exigiu, para a inelegibilidade decorrente de condenações judiciais recorríveis, que a decisão tenha sido proferida por órgão colegiado, afastando a possibilidade de sentença proferida por juiz singular tornar o cidadão inelegível – ao menos em tese, submetida a posição de cada julgador à crítica dos demais, a colegialidade é capaz de promover as virtudes teóricas de (i) reforço da cognição judicial, (ii) garantia da independência dos membros julgadores e (iii) contenção do arbítrio individual, como bem apontou Guilherme Jales Sokal (SOKAL, Guilherme Jales. O procedimento recursal e as garantias fundamentais do processo: a colegialidade no julgamento da apelação. 2011. 313 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 73 et seq.) [...]

Resta, ainda, a apreciação da Lei Complementar n.º 135/10 à luz do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito e, mais uma vez, a lei responde positivamente ao teste. Com efeito, o sacrifício exigido à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de cargos públicos, sobretudo porque ainda são rigorosos os requisitos para que se reconheça a inelegibilidade.

Ademais, não estão em ponderação apenas a moralidade, de um lado, e os direitos políticos passivos, de outro. Ao lado da moralidade está também a própria democracia, como bem alerta o já mencionado Professor Fernando Barbalho Martins (op. cit., p. 150-151), verbis:

'A exteriorização do atendimento aos parâmetros de moralidade e probidade são condições essenciais de manutenção do Estado democrático, não sendo raros os exemplos de ditaduras que se instalam sob o discurso de moralização das práticas governamentais. A relação íntima entre Moralidade Administrativa, que alcança indubitavelmente a atuação parlamentar, e princípio democrático é inegável, já que a efetivação deste implica necessariamente a fidelidade política da atuação dos representantes populares, como bem assinala Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Mais do que isso, a confiança depositada pela sociedade em sua classe governante é elemento indeclinável da consecução da segurança jurídica erigida como um dos fundamentos da República.' (os grifos são do original.)

A balança, no caso, há de pender em favor da constitucionalidade das hipóteses previstas na Lei Complementar n.º 135/10, pois, opostamente ao que poderia parecer, a democracia não está em conflito com a moralidade – ao revés, uma invalidação do mencionado diploma legal afrontaria a própria democracia, à custa do abuso de direitos políticos."

dade individual de candidatar-se a cargo público eletivo não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de cargos públicos".

Apontou, assim, que os efeitos negativos da norma não são superiores aos positivos, o que prestigia a liberdade de atuação do Legislador. Todavia, considerando que está em jogo um direito fundamental relevante para a vida em comunidade e para a própria democracia, compreende-se que a análise deveria justificar o maior peso dos efeitos positivos causados pela norma, não se restringindo a verificar a não desproporcionalidade do ato normativo.

Nada obstante, analisando-se a integralidade do acórdão, é possível dizer que esse exame foi realizado no julgamento, em que pese não explicitado no destaque alusivo à apreciação da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto vários foram os argumentos apresentados pelo Relator e por outros Ministros sobre as diversas vantagens que a criação da norma produziu à coletividade, em comparação com danos meramente individuais, de modo a se concluir que a norma é também proporcional.

Em tal sentido, merece destaque a ponderação do Min. Joaquim Barbosa,[94] ao asseverar que analisava "a Lei Complementar 135/2010, sob a ótica da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob a ótica da proteção ao interesse público, e não para o fim de proteção preferencial aos interesses puramente individuais e privados", externando assim o valor substancial apresentado aos interesses finalísticos da norma, em detrimento da lesão ocasionada ao direito à elegibilidade.

De modo semelhante, o Min. Ayres Brito destacou que a Lei da Ficha Limpa teve a "ambição de mudar uma cultura perniciosa, deletéria, de maltrato, de malversação da coisa pública para implantar no país o que se poderia chamar de qualidade de vida política, pela melhor seleção, pela melhor escolha dos candidatos", sendo manifesto o maior peso relativo do "direito que tem o eleitor de escolher pessoas sem esse passado caracterizado por um estilo de vida de namoro aberto com a delitividade, com a delituosidade" em detrimento do direito à elegibilidade daqueles que incidirem numa das situações previstas na norma.

O Min. Rel. Luiz Fux também entendeu por prestigiar o legislador na densificação do conceito de vida pregressa indicado na Constituição Federal. Como se trata de um conceito jurídico indeterminado, em respeito à separação de poderes, admitiu-se como válida a opção adotada pelo Poder Legislativo, notadamente ao destacar ser prescindível a exigência do trânsito em julgado de decisões judiciais condenatórias que possam configurar inelegibilidade.

O Min. Ricardo Lewandowski também tratou da aplicação do princípio da proporcionalidade, argumentando em favor da presunção de constitucionalidade da norma e do devido respeito à opção legislativa, em atenção ao princípio da separação de poderes.[95] Concluiu ainda o julgador que não identificou "nenhuma

94 Para o devido esclarecimento, integram os acórdãos do STF, além do voto do Relator, os debates, as manifestações orais e eventuais votos escritos dos outros Ministros da Corte Suprema.

95 Em tal sentido, anotou o Min. Ricardo Lewandowski: "Ademais, considerando tratar-se de uma opção legislativa, de iniciativa popular, aprovada por ampla maioria congressual e sancionada, sem ressalvas, pelo Chefe do Poder Executivo, entendo que não seria lícito ao julgador aplicar, de forma discricionária, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade para restringir o âmbito de incidência da norma, pois tal equivaleria a permitir que este se substituísse ao legislador, em clara violação do princípio constitucional da separação dos poderes, salvo, evidentemente, em face de flagrante teratologia, o que, a toda evidência, não ocorre na espécie."

desproporção ou exagero na LC 135/2010, seja na classificação dos atos considerados impeditivos do registro de candidaturas, seja na cominação de novos prazos de inelegibilidade, sobretudo porque ela mesma prevê a sustação judicial de seus efeitos".

Já o Min. Gilmar Mendes, em seu voto escrito,[96] ao analisar a Lei da Ficha Limpa sob a ótica do princípio da proporcionalidade, apontou a inconstitucionalidade dos prazos de inelegibilidade fixados nas alíneas "e" e "l" do artigo 1º da Lei Complementar n.º 64/90, asseverando que "não é preciso muita imaginação para constatar que há, aqui, um excesso do legislador e, portanto, uma patente violação ao princípio da proporcionalidade."

Em suma, de acordo os argumentos expostos no acórdão, entendeu-se que a Lei da Ficha Limpa ultrapassou, com sobras, o princípio da proporcionalidade. Além disso, vê-se que se seguiu, ao menos no voto do Min. Rel. Luiz Fux, a análise lógico-racional dos princípios parciais da proporcionalidade, em que pese não tenha havido uma referência expressa e preliminar ao pressuposto da conformação do fim normativo. De igual modo, adotou-se a orientação correta acerca da extensão do controle do juiz constitucional, que é limitado pela separação dos poderes e pela autonomia do Legislativo no conhecimento empírico dos fatos a serem regulados e na densificação de valores e conceitos indeterminados da Constituição.

A única ressalva que se pode fazer, quanto ao resultado do julgamento, é com relação à desproporcionalidade da norma no tocante ao prazo de duração da inelegibilidade relativa aos casos de condenação criminal ou por ato de improbidade administrativa, previstos nas alíneas "e" e "l" do artigo 1º da Lei Complementar n.º 64/90. De fato, a fixação de um prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade a começar a correr após o cumprimento da pena pode gerar situações ampliadas de restrição à elegibilidade, que se assemelhariam à uma cassação de direitos políticos, o que é vedado pela Constituição Federal.

O estabelecimento desses prazos específicos não passa pelo requisito da necessidade, porquanto há alternativas menos lesivas e com a mesma intensidade de satisfação dos interesses e valores defendidos no artigo 14, § 9º da Constituição Federal, bastando ver a fixação comum do prazo de 8 (oito) anos nas demais alíneas do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar n.º 64/90, com o seu exaurimento relacionado a um termo inicial certo e definido, em geral, a data da condenação, e não a partir do cumprimento do prazo da penalidade criminal ou da pena fixada pela improbidade administrativa.

De igual modo, esse modelo de prazos não atende o segmento da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto extremamente excessivo e prejudicial ao direito à elegibilidade, sendo elucidativo o voto do Min. Gilmar Mendes, ao aduzir, com relação à essa parte específica, que "a medida por ela [a norma] prevista é extremamente invasiva dos direitos políticos do cidadão, sem qualquer proporção em relação ao fim almejado."

96 Além dessa observação no voto escrito, o Min. Gilmar Mendes, na parte dos debates do julgamento, fez alusão ao princípio da proporcionalidade para demonstrar a inconstitucionalidade da inelegibilidade contida na alínea "m" do art. 1º, I, da LC n.º 64/1990: "Se há um caso em que é flagrante a violação ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, é este: conferir a entidades com perfil quase sindical, muitas vezes propriamente sindical, o poder de decretar a inexigibilidade de alguém é algo muito exagerado."

Desta forma, a melhor solução para o caso seria o acolhimento da sugestão do Min. Rel. Luiz Fux[97] de se "proceder a uma *interpretação* conforme a Constituição, para que, tanto na hipótese da alínea *"e"* como da alínea *"l"* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar n.º 64/90, seja possível abater, do prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado".

Desta forma, e atento aos limites desse trabalho, verifica-se que o julgado do STF ora em análise demonstrou a adoção significativa – e na maior parte, devidamente justificada, ponderada e correta – do princípio da proporcionalidade como técnica apta a permitir a decisão pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.

5.4 ANÁLISE DE CASOS JULGADOS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nessa parte do trabalho, serão analisados julgamentos em que houve a aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de apreciação da constitucionalidade de restrições normativas à elegibilidade em Portugal. Serão apreciados três julgados[98] do Tribunal Constitucional, órgão que, além de ser o encarregado do controle de constitucionalidade, "funciona como Tribunal Eleitoral por excelência: admite as candidaturas à presidência da República e funciona como máxima instância de recurso sobre questões que envolvam a regularidade e validade dos demais atos eleitorais".[99]

O primeiro julgado consiste no acórdão n.º 364/91, processo n.º 367/91, de relatoria do Cons. Alberto Tavares da Costa, em que o TC se pronunciou, no âmbito de fiscalização preventiva,[100] pela inconstitucionalidade do artigo 2.º do Decreto n.º 356/V, que buscava dar nova redação aos n.os 2 e 3 do artigo 4º do Decreto-Lei 701-B/76, de 29 de setembro, a então lei eleitoral das autarquias locais, inserindo inelegibilidades relativas ao executivo municipal: (i) daquele que tenha exercido o cargo de presidente de câmara municipal por três mandatos consecutivos e (ii) dos presidentes e vereadores das câmaras que renunciarem ao cargo.[101]

O Tribunal, conforme voto do Relator, apontou inicialmente os valores constitucionais relevantes para a instituição de novas causas de inelegibilidade, previstos

97 A propósito, constou na ementa do julgado, de forma equivocada, o item 12 no qual teria sido adotada a posição do Relator, o que não se verificou, em verdade. Veja-se: "12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado."

98 Considerando que os vetores constitucionais para apreciação das restrições à elegibilidade, definidos no artigo 50º, n.º 3, da CRP, foram instituídos apenas com a Lei Constitucional de revisão n.º 1/89, de 8 de Julho, a pesquisa de jurisprudência foi realizada a partir deste marco normativo.

99 MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político.* Coimbra: Almedina, 2017. p. 85.

100 No sistema de controle de constitucionalidade português, há a fiscalização preventiva de constitucionalidade de projetos de lei aprovados pelo Legislativo ou de tratados e acordos internacionais submetidos à ratificação ou assinatura do Presidente da República, conforme artigo 278º da CRP. O acórdão foi prolatado em 31/07/91 e está disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910364.html>. Acesso em: 29 ago. 2018.

101 Veja-se o inteiro teor das normas objeto de análise pelo Tribunal Constitucional:
"Artigo 4.º (Inelegibilidades) [...].
2 – São também inelegíveis para um executivo municipal, durante o quadriénio imediatamente subsequente ao terceiro mandato, os cidadãos que nesse executivo tenham exercido o cargo de presidente durante três mandatos consecutivos.
3 – Os presidentes e vereadores das câmaras que renunciem ao cargo não podem candidatar-se nas eleições imediatas nem nas que se realizem no quadriénio imediatamente subsequente à renúncia."

no n.º 3 do artigo 50.º da CRP ("a) A necessidade de garantir a liberdade de escolha dos eleitores" e "b) A necessidade de garantir a isenção e a independência de exercício dos respectivos cargos"), assentando que "é à luz destes parâmetros e, bem assim, da natureza excepcional das restrições em matéria de direitos, liberdades e garantias, só admissíveis na estrita medida prevista nos n.os 2 e 3 do artigo 18.º da Lei Fundamental, que deverá analisar-se se os novos casos de inelegibilidade que o Decreto n.º 356/V intenta criar são, ou não, constitucionalmente conformes."

Na sequência, o juiz constitucional, depois de definir que os fins do ato normativo eram "a necessidade de renovação dos titulares dos cargos políticos em nome de maior mobilidade dos agentes públicos autárquicos, a abertura ao dinamismo de novos protagonistas, a defesa de maior eficácia e melhor operacionalidade dos presidentes das câmaras", entendeu que essas finalidades, em que pese saudáveis para concretização do princípio democrático, não eram constitucionalmente abarcadas pelo regime então vigente da criação de inelegibilidades.

Apenas na parte final do julgado, é que o Tribunal se manifestou expressamente sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, que seria "aferido mediante estalões de necessidade e adequação, sendo certo que o núcleo essencial de protecção máxima deverá manter-se intocado e que a realização óptima de cada um dos valores em jogo não é realizável em termos matemáticos". Acrescentou ainda o Relator que "a norma representa um desnecessário e inadequado limite, inadmissível à luz do n.º 2 do artigo 18.º da CR" e que "choca o intérprete, pelo que tem de drástico e desproporcionado, impedir a um presidente de câmara renunciante a candidatura a vereador, embora situado na lista respectiva em ordem supostamente ao abrigo de chamamento para preencher o cargo."

A crítica que se faz à decisão do TC é que, em verdade, a referência ao princípio da proporcionalidade era desnecessária para a delimitação do seu resultado, uma vez que toda a fundamentação apresentada se pautou na não conformação do fim almejado pelo projeto de lei com as normas constitucionais aplicáveis às inelegibilidades. Ademais, o julgador, mesmo quando mencionou o princípio da proporcionalidade, reproduziu argumentos atinentes à margem de conformação do legislador com os valores constitucionais específicos.

De fato, o que o Tribunal asseverou foi que as pretensões normativas de se evitar a perpetuação do mandato para os presidentes de câmaras municipais e de impedir que os mandatários renunciantes pudessem concorrer na eleição consecutiva não constituíam justificativas legítimas para permitir a criação de inelegibilidades, porquanto a CRP estabelecia outros valores a serem preservados, que são a "liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do exercício dos respectivos cargos", nos termos do seu artigo 50º, n.º 3.[102]

O fim legítimo da norma constitui, conforme explicado nesse estudo, um pressuposto para a aplicação do princípio da proporcionalidade. Como o Tribunal,

102 De se notar que os dispositivos desse projeto de lei vieram a ser contemplados, posteriormente, num diploma normativo, a Lei n.º 46/2005, de 29 de agosto, cuja legitimação constitucional passou a ser admitida em razão da Lei Constitucional n.º 1/2004, que acrescentou o n.º 2 ao artigo 118 da CRP, com o seguinte teor: "A lei pode determinar limites à renovação sucessiva de mandatos dos titulares de cargos políticos executivos.". Ainda sobre tais inovações legislativas, aponta Jorge Miguéis et al. que "no âmbito das eleições autárquicas de 2013, teve o TC a oportunidade de se pronunciar sobre algumas situações controversas, decidindo-as no sentido segundo o qual 'o limite em causa é territorial, impedindo a eleição do mesmo candidato para um quarto mandato consecutivo na mesma autarquia." (MENDES, Maria de Fátima Abrantes; MIGUÉIS, Jorge. *Lei Eleitoral da Assembleia da República.* 4. reedição, actualizada, anotada e comentada com os resultados eleitorais de 1976 a 2002. Torres Novas: Gráfica Almondina, 2005. p. 79).

no caso, julgou que esse fim não foi atendido, a manifestação posterior sobre o princípio da proporcionalidade era prescindível, até porque se percebe que sua invocação demonstrou uma certa confusão conceitual com o princípio da proteção do núcleo essencial, além de não ter sido apresentada a devida justificação sobre o não atendimento dos segmentos da proporcionalidade.

Uma última observação, inclusive embasada em alguns dos votos divergentes,[103] é que a finalidade relacionada à inelegibilidade dos presidentes e vereadores de câmara que renunciarem a seus cargos, poderia ser interpretada como compatível com as normas constitucionais. Se assim o Tribunal houvesse se pronunciado, apenas nessa concepção é que faria sentido o registro acrescido no voto, embora não fundamentado, sobre a ponderação concreta de valores atinentes à restrição à elegibilidade para o cargo de vereador e à situação de uma renúncia anterior do cargo de presidente da câmara municipal.

Em outro julgado selecionado para análise, no processo n.º 234/90, buscou o Ministério Público a perda de mandato do então Presidente da Câmara Municipal de Vila Viçosa, o que ensejaria a configuração da causa de inelegibilidade prevista no artigo 14, n.º 1, da Lei n.º 87/89,[104] de 9 de setembro, que regulava o regime jurídico da tutela administrativa das autarquias locais, a ser aplicável a uma eventual e futura candidatura eletiva do acionado.

No âmbito do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, a ação fora extinta sob o argumento de que o mandato já havia sido expirado, sendo interposto recurso ao Supremo Tribunal Administrativo, o qual, apesar de admitir a necessidade de julgamento da causa em razão do efeito automático da inelegibilidade em caso de condenação, entendeu por inconstitucional a norma "na parte em que não permite que se candidatem a qualquer órgão autárquico nos actos eleitorais subsequentes, que venham a ter lugar no período de tempo correspondente ao novo mandato completo, todos aqueles que perderam o seu mandato por preenchimento dos pressupostos previstos na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 9.º da mesma lei: e, por isso, recusou-lhe aplicação".

---

103 Veja-se, por todos, a declaração de voto da Cons. Maria da Assunção Esteves:
"Subscrevi o acórdão na sua quase integralidade, mas discordei do entendimento segundo o qual, nos casos de renúncia injustificada ao cargo, a restrição temporária à elegibilidade não é constitucionalmente admissível.
Com efeito, a norma geral do artigo 18.º, n.º 2, e a norma especial do artigo 50.º, n.º 3, da Constituição, devem ser, como quaisquer outras normas de Direito, interpretadas de acordo com a sua funcionalidade teleológica e não apenas lógico semântica. Para mais, tratando-se de normas sobre direitos fundamentais que, do ponto de vista da estrutura lógica, apresentam a estrutura de princípios (cfr. Alexy), quer dizer, não implicando injunções previamente determinadas quanto à totalidade dos seus efeitos, mas revelando um amplo espaço de conformação e *abertura a valores ético-políticos constitucionalmente reconhecidos*, a determinação do seu sentido injuntivo comporta ainda mais uma argumentação e ponderação assentes nesses valores.
Neste caso, o legislador, ao não deixar apenas para o juízo político a *tutela da fiabilidade e correcção do desempenho dos cargos políticos* não está a estabelecer uma restrição injustificada que afecte o núcleo essencial do direito ou outros valores constitucionalmente garantidos, mas a mover-se num plano de razoabilidade e proporcionalidade."

104 Vejamos as regras relevantes da Lei n.º 87/89, para compreensão da causa:
"Artigo 9.º Perda de mandato
1 - Perdem o mandato os membros dos órgãos autárquicos que: [...] c) Incorram, por acção ou omissão, em ilegalidade grave ou numa prática continuada de irregularidades, verificadas em inspecção, inquérito ou sindicância, e expressamente reconhecidas como tais pela entidade tutelar; [...]
Artigo 14.º Efeitos da dissolução e da perda de mandato
1 - Os membros de órgão autárquico objecto de decreto de dissolução, bem como os que hajam perdido o mandato, não podem fazer parte da comissão administrativa prevista no n.º 2 do artigo anterior, nem ser candidatos nos actos eleitorais destinados a completar o mandato interrompido, nem nos subsequentes que venham a ter lugar no período de tempo correspondente a novo mandato completo, em qualquer órgão autárquico."
Registre-se que a Lei n.º 87/89, de 9 de setembro, foi revogada pela Lei n.º 27/96, de 1 de agosto, que não manteve a hipótese de inelegibilidade objeto de apreciação pelo Tribunal Constitucional no processo n.º 234/90.

O Ministério Público recorreu, então, ao Tribunal Constitucional alegando que a inelegibilidade não afrontava as normas constitucionais, com o que concordou a 2ª Secção do Tribunal Constitucional, através do acórdão n.º 25/92,[105] Rel. Cons. Messias Bento, que revogou o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo e, portanto, reputou constitucional a mencionada hipótese de inelegibilidade.

A título de fundamentação inicial, o juiz constitucional asseverou a conformação da finalidade buscada pelo impedimento eleitoral com as normas constitucionais que regulam a instituição de inelegibilidades, ou seja, com a norma do n.º 3 do artigo 50º da CRP, destacando que "A *inelegibilidade* em causa já, porém, se justifica pela necessidade de garantir a *isenção* e a *independência* no exercício de cargo autárquico".

Na continuação do voto do relator, foi apresentada argumentação em prol da validade constitucional da inelegibilidade que, de forma implícita, ingressou no contorno do segmento da proporcionalidade em sentido estrito, considerando as diversas justificativas de valoração positiva da restrição à elegibilidade, na hipótese examinada, em favorecimento de toda a coletividade e para depuração do processo legislativo.[106]

Já no que toca expressamente ao princípio da proporcionalidade, o TC se limitou a registrar o atendimento ao subprincípio da necessidade, mas sem muito esforço argumentativo, apenas alegando que a temporalidade da restrição à inelegibilidade a tornaria o meio menos lesivo ao direito fundamental prejudicado. Em suas palavras, disse o julgador que a inelegibilidade, "abrangendo apenas 'os actos eleitorais subsequentes que venham a ter lugar no período de tempo correspondente a novo mandato completo' (cfr. artigo 14.º, n.º 1, *sub iudicio*), limita-se ao necessário para salvaguardar os ditos valores da isenção e da independência – o que, de resto, é uma exigência do artigo 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental".

Nesse julgado, portanto, o Tribunal apreciou adequadamente a conformação do fim legítimo buscado pela norma, mas inverteu, até mesmo de forma inconsciente, a análise sobre os segmentos do princípio da proporcionalidade, abordando primeiro, mesmo sem o dizer, a proporcionalidade em sentido estrito e, depois, a necessidade, olvidando ainda de se manifestar sobre a adequação. O princípio da

105 O acórdão foi prolatado em 15/01/92 e seu inteiro teor está disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920025.html>. Acesso em: 29 ago. 2018.

106 Veja-se a fundamentação apontada no voto do Rel. Cons. Messias Bento:

"É que, tratar-se-á, geralmente, de tornar *inelegível* alguém que, tendo sido eleito membro de um órgão de uma autarquia local, no exercício das respectivas funções, não observou as regras de isenção e desinteresse (a imparcialidade) e de independência, exigíveis a quem deve estar ao serviço do bem comum. De alguém que violou os deveres do cargo em termos tais que o seu afastamento se tornou imperioso.

Permitir a eleição para o mandato imediato de quem assim procedeu, seria, pois, contribuir para o desprestígio dos órgãos autárquicos.

Num tal caso, na verdade, estar-se-ia a consentir que as funções autárquicas fossem exercidas em condições que abririam a porta à suspeita, pois seria inevitável que um autarca eleito com aquele passado fosse visto como alguém cuja isenção, imparcialidade e independência suscitariam, no mínimo, muitas dúvidas.

Ora, ao legislador cumpre criar condições para que os cargos autárquicos sejam exercidos com isenção e independência, e condições, bem assim, para que os seus titulares surjam aos olhos dos seus concidadãos como pessoas acima de qualquer suspeita nessa matéria.

É que a Administração Pública – administração autárquica incluída – há-de visar sempre a 'prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos' (cfr. artigo 266.º, n.º 1, da Constituição), e os seus órgãos hão-de actuar, no exercício das suas funções, com respeito pela Constituição e pela lei e, bem assim, 'com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade' (cfr. n.º 2 do cit. artigo 266.º)."

proporcionalidade, assim, não foi utilizado em toda a sua extensão e na forma de sua estrutura,[107] para contribuir na argumentação acerca da constitucionalidade da restrição à elegibilidade.

Por fim, como último caso a ser analisado, tem-se o acórdão n.º 532/2017[108] (processo n.º 843/2017, Rel. Cons. Gonçalo de Almeida Ribeiro), em que o TC negou provimento a recurso interposto contra decisão que julgara inelegível candidato a cargo de autarquia local, declarado insolvente por sentença judicial, o que o fez incidir na inelegibilidade do artigo 6º, n.º 2, alínea *a)*, da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 13 de agosto ("2. São igualmente inelegíveis para os órgãos das autarquias locais: a) Os falidos e insolventes, salvo se reabilitados;").

Nessa decisão, que afirmou a constitucionalidade da hipótese de inelegibilidade analisada, o princípio da proporcionalidade foi objeto de detido exame pelo juiz constitucional português, até porque o instituto fora reportado na decisão recorrida[109] e objeto de argumentação no recurso interposto pelo interessado.[110]

Como ocorreu nas decisões anteriores, o Tribunal justificou primeiro o atendimento do pressuposto da conformação do fim da norma, salientando que "a jurisprudência constitucional ancora a inelegibilidade dos insolventes na garantia de independência no exercício do poder local". Depois, na análise específica do princípio da proporcionalidade, o TC apontou o conceito do instituto, com a denominação de princípio da proibição do excesso, e asseverou que a norma ultrapassou do teste

107 Houve, pois, desprestígio à estrutura do princípio da proporcionalidade, bem sintetizada por Vitalino Canas: "Existe uma cadeia de racionalidade entre os três segmentos. Num caso, essa cadeia de racionalidade traduz-se no imperativo lógico de a apreciação de um dos segmentos ser forçosamente antecedida pela apreciação do outro; noutro caso, a apreciação de um dos segmentos sem a prévia apreciação de outro constitui um salto lógico que diminui significativamente a racionalidade do controlo e da proibição do excesso; noutros ainda, a apreciação isolada de um ou dois dos segmentos desaproveita o potencial de racionalidade que a proibição do excesso na sua capacidade estrutural máxima oferece." (CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 815).

108 O processo foi julgado em 11/09/17 e o inteiro teor do acórdão está disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170532.html>. Acesso em: 29 ago. 2018.

109 Assim anotou o Tribunal Judicial da Comarca de Santarém – Juízo Local Cível de Ourém:
"No que se refere à proporcionalidade, na vertente apontada na reclamação em apreciação, designadamente de que a situação de insolvência enquanto causa de inelegibilidade se revela como uma presunção inilidível de que o candidato em causa não terá capacidade de gestão do seu património e por isso é objetivamente inapto para ser gestor de um património público, atendendo à defesa do interesse público, sopesando o interesse da comunidade e o interesse privado de quem vê arredada a possibilidade de se candidatar a um órgão da autarquia local, será de valorizar preponderantemente o interesse comunitário e bem assim admitir a compressão daquele direito de natureza politica, uma vez que tal limitação se mostra ajustada, proporcional e adequada."

110 O recorrente, no caso, o Partido Socialista, apresentou a seguinte tese no recurso:
"Ao estabelecer uma inelegibilidade para os órgãos autárquicos com fundamento numa presunção de má gestão futura da coisa pública, inferida da situação prévia de falência ou insolvência dos candidatos, a norma da alínea *a)* do n.º 2 do artigo 6.º da LEOAL incorre ainda em violação múltipla do princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP:
a. Antes de mais, porque a primeira exigência das normas restritivas de direitos é a da *legitimidade do fim*, e a delimitação constitucional dos possíveis fins das restrições ao acesso aos cargos eletivos não contempla o fim que a norma pretende salvaguardar.
b. Em segundo lugar, porque não há adequação entre *meio* (a inelegibilidade criada) e *fim* (a salvaguarda da gestão futura da coisa pública); Falha, portanto, o subprincípio da adequação.
c. Depois, porque – mesmo admitindo que a boa gestão futura da coisa pública pudesse constituir um fim legítimo para a restrição de acesso a cargos eletivos, e pudesse ser inferida da gestão da esfera privada (o que não é demonstrável) – não era necessário que a solução criada passasse por uma *inelegibilidade para todas as eleições autárquicas, mas só para estas,* e qualquer que fosse a etiologia da falência ou insolvência. Tal presunção não resiste a uma situação de insolvência decorrente, por exemplo, de catástrofes, ou de circunstâncias macroeconómicas incontroláveis; Falha, portanto, o subprincípio da exigibilidade.
d. Finalmente, porque no caso concreto o candidato atingido pela insolvência o foi por arrastamento (por avais prestados a uma sociedade de que era sócio, mas não gerente) e já deu sobejas provas de competência na gestão da coisa pública (o seu executivo – em que assumiu sempre as responsabilidades financeiras – reduziu o passivo da Câmara para 1/3 do que era à data do seu início de funções, baixando as dívidas da autarquia, em 7 anos, em mais de 20 milhões de euros); Falha, portanto, o subprincípio da justa medida."

da adequação ou idoneidade.[111] Em um segundo momento, o Tribunal abordou os subprincípios da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, aduzindo que, no caso em exame, seriam eles de difícil diferenciação concreta.

A análise jurídica do TC foi realizada mediante a técnica argumentativa de sugestionar inicialmente que poderia haver outro meio menos lesivo para assegurar o fim da norma, que seria a "divulgação pública da declaração de insolvência do candidato", e que a inelegibilidade seria inconciliável com a regra constitucional de que compete às autarquias reger os seus próprios interesses (artigo 235º, n.º 2[112]), de modo a ser "desnecessária e desproporcionada". Após, cuidou o Tribunal de contra argumentar, registrando que a autonomia das autarquias locais não impede a exigência de observância das normas e princípios regulamentares da Constituição, concluindo o julgador que a inelegibilidade tem por escopo "reforçar a confiança da comunidade nacional no exercício pelas autarquias dos poderes que a Constituição lhes devolveu", razão por que essa solução normativa não é "inexigível ou desproporcionada".

Percebe-se, desta feita, que o Tribunal Constitucional foi mais bem criterioso e analítico na utilização do princípio da proporcionalidade, principalmente porque apontou, previamente, o atendimento ao pressuposto da conformação do fim[113] e, posteriormente, seguiu a análise dos subprincípios da proporcionalidade numa ordem sequencial e sucessiva, de acordo com a estrutura lógico-racional descrita no presente trabalho, embora não tenha abordado a questão da prejudicialidade da ordenação de análise dos segmentos do princípio da proporcionalidade.

De igual modo, não há críticas quanto à apreciação do subprincípio da adequação, porquanto o julgador argumentou fundamentadamente que a identificação da situação de insolvência como uma hipótese de inelegibilidade é um meio hábil para alcançar o escopo finalístico da lei, impedindo que seja candidato a cargo eletivo nas autarquias locais alguém que não detém as "condições objetivas para o seu exercício idóneo e independente".

Sucede que não se mostrou ajustado tecnicamente o exame unívoco dos segmentos da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sob a justificativa de que a temática sob julgamento os tornaria "praticamente incindíveis". Em verdade, os mencionados subprincípios da proporcionalidade possuem distintas finalidades de aplicação e poderiam ser apreciados individualmente no caso objeto de análise. Nessa toada, perceptível, ainda, que não houve a fundamentação jurídica para apreciação dos mencionados subprincípios, uma vez que não se fez as comparações de meios para atingir a finalidade, tampouco houve ponderação dos interesses contrapostos, que são o direito à elegibilidade e o interesse da comu-

111 Leia-se a argumentação inicial contida no voto do Cons. Gonçalo de Almeida Ribeiro: "A inelegibilidade dos insolventes para os órgãos autárquicos constitui um meio inequivocamente idóneo à prossecução dos princípios da vinculação da Administração Pública ao interesse público e da isenção e independência no exercício dos cargos públicos, na medida em que obsta a que o cargo eletivo possa vir a ser ocupado por quem não reúne condições objetivas para o seu exercício idóneo e independente. De resto, sempre que as *rationes* ou os *teloi* de uma solução legal não sejam explicitadas pelo legislador – como é o caso –, sem que o intérprete deixe de as discernir através de um juízo de racionalidade instrumental, como aquele que se desenvolveu no ponto anterior, encontra-se, em princípio, preenchido o requisito da idoneidade da medida."

112 Veja-se o inteiro teor da norma: "Artigo 235º (...) 2. As autarquias locais são pessoas colectivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas."

113 A finalidade dessa inelegibilidade é "evitar que os eleitores incapazes de bem gerir o seu próprio património possam vir a administrar um património – por vezes muito valioso, variado e avultado – que é o de todos os cidadãos". (MENDES, Maria de Fátima Abrantes; MIGUÉIS, Jorge. *Lei Eleitoral da Assembleia da República*, 4. reedição, actualizada, anotada e comentada com os resultados eleitorais de 1976 a 2002. Torres Novas: Gráfica Almondina, 2005. p. 14-15).

nidade de evitar a eleição de candidatos que possam acarretar risco ao exercício probo dos cargos públicos.

Com relação ao requisito da necessidade, poderia o Tribunal ter avançado em responder a sua própria sugestão, aduzindo que a divulgação de uma lista de insolventes, embora menos lesivo ao direito do candidato, não seria tão eficaz para garantir a isenção e independência do exercício do cargo eletivo, porquanto, ainda que houvesse a citada divulgação, candidatos insolventes poderiam ser eleitos, situação não pretendida pela norma. E, no tocante à proporcionalidade em sentido estrito, poderia o Tribunal ter apontado, de modo fundamentado, que a limitação à elegibilidade se justificava pelos benefícios advindos pela norma, que, ao prever a inelegibilidade dos insolventes, garantiria a toda a sociedade a minimização do risco de utilização indevida do cargo público em prol de interesses privados.

Enfim, sobre os julgados especificamente apontados nesse artigo,[114] e no que toca à aplicação do princípio da proporcionalidade na análise de restrições ao direito à inelegibilidade, verifica-se que o Tribunal Constitucional, em que pese tenha aperfeiçoado a análise de sua estrutura racional, não se pronunciou de acordo com todos os contornos técnicos definidos pela doutrina para o instituto jurídico.

6 CONCLUSÕES

A temática analisada nesse trabalho mostrou a relevância que assume o princípio da proporcionalidade no sistema jurídico, especialmente para o controle de constitucionalidade dos atos normativos limitadores do direito à elegibilidade. Apresentamos nossas conclusões:

1) O princípio da proporcionalidade constitui, ao lado dos princípios da razoabilidade e da proteção do núcleo essencial, um dos relevantes instrumentos que permitem a ponderação e harmonização entre princípios, interesses e valores conflitantes num ordenamento jurídico, notadamente quando se está em apreciação uma medida estatal que vise a limitar direitos fundamentais do cidadão. Trata-se de um princípio de natureza constitucional que busca fornecer um critério de decisão, um caminho lógico e racional para a adequada deliberação a ser adotada, com vistas a permitir, de acordo com a situação concreta analisada, a preponderância dos valores pertinentes.

2) Entre as várias funções do princípio da proporcionalidade, destaca-se a sua utilização como parâmetro para apreciação da constitucionalidade dos atos normativos, especificamente nos casos em que previamente identificados o fim legítimo da norma e uma relação causal entre a norma e os efeitos por ela produzidos, para o fim de proceder ao sopesamento de valores, bens e interesses. O princípio, em sua estrutura formal, busca verificar se norma atende, sequencial e sucessivamente, aos seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, isto é, se o ato normativo é adequado à consecução da sua finalidade, se existe algum outro meio menos lesivo nesse desiderato e se os

114 Sobre a análise da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional no âmbito do controle de constitucionalidade em geral, cfr. CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 223-351.

benefícios produzidos por sua edição satisfazem os danos eventualmente causados.

3) Importante se mostra a utilização do princípio da proporcionalidade para preservação e equilíbrio dos direitos fundamentais, considerando a dimensão atual desses direitos nas cartas constitucionais e a possibilidade real do surgimento de conflitos entre os valores neles representados. Essas colisões não suportam resolução pelos sistemas tradicionais de apreciação e interpretação jurídica das normas, afigurando-se a proporcionalidade como um valor essencial na harmonização do ordenamento jurídico.

4) Os direitos políticos consistem em direitos fundamentais dos cidadãos de poderem atuar na formação da vontade política do Estado, sendo um de seus principais elementos o direito de sufrágio, correspondente às prerrogativas de eleger (direitos políticos ativos) e de ser eleito (direitos políticos passivos, a elegibilidade). A legitimidade do regime democrático é garantida através do exercício do sufrágio, que, para tanto, deve ser *universal* (realizado sem restrições infundadas), *direto* (exercido por uma pessoa e dirigido a um candidato ou partido), *secreto* (para assegurar a liberdade de escolha), *periódico* (regularidade dos pleitos eleitorais) e *igual* (cada pessoa vale um voto).

5) Admite-se a previsão normativa de limites ao exercício do sufrágio, sendo que, no que se refere à elegibilidade, existem no Brasil duas espécies de restrições, que são as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade, além da exigência de cumprimento de requisitos formais e do julgamento do pedido de candidatura pela Justiça Eleitoral. As condições de elegibilidade são circunstâncias positivas que os candidatos devem satisfazer, tais como a nacionalidade brasileira, o alistamento eleitoral e a filiação partidária; as inelegibilidades são situações negativas que, acaso configuradas, impedem a candidatura.

6) As causas de inelegibilidade brasileiras estão previstas no artigo 14, §§ 4º a 7º da Constituição Federal e no artigo 1º, incisos I (inelegibilidades absolutas ou gerais) e II (inelegibilidades relativas ou especiais) da Lei Complementar nº 64/1990. Esta última foi objeto de alterações pela polêmica Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa, que ampliou, em prol da moralidade e legitimidade das eleições, o quadro de causas de inelegibilidade e consignou como marco inicial para fruição dos impedimentos a decisão de um órgão judicial colegiado, sendo desnecessário o trânsito em julgado da condenação.

7) Em Portugal, também se verifica em seu sistema normativo a existência de determinados requisitos positivos a serem atendidos para o lançamento de uma candidatura, como o dever de inscrição no recenseamento, e, igualmente, a previsão de situações de inelegibilidades, tanto na Constituição como em normas infraconstitucionais. Diferentemente do Brasil, não há em Portugal, em geral, a previsão de inelegibilidades em razão da prática de atos ilícitos cíveis ou criminais, mas apenas aquelas que decorrem de uma condição pessoal do cidadão ou pela ocupação de certas funções públicas.

8) Com relação à utilização do princípio da proporcionalidade como medida de controle de constitucionalidade das restrições à elegibilidade, o juiz constitucional está sujeito a limites que precisam ser observados em razão da imprescindível obediência à separação constitucional dos Poderes do Estado. Nesse sentido,

garante-se ao Legislativo a prerrogativa precípua de ser o ente responsável pela criação de normas que visem a concretizar os valores jurídicos contidos nas Constituições, de modo que o Judiciário só atuará nos casos em que verificado, de modo fundamentado, um excesso da atividade legislativa.

9) Assim, no exame dos segmentos da proporcionalidade, algumas diretrizes são essenciais: (i) para a *adequação*, a norma será legítima desde que se demonstre, de forma mínima, que conduz ao resultado por ela perseguido; (ii) a *necessidade* será atendida caso não se apresente de forma flagrante um outro meio disponível ao legislador para promover a finalidade e com menor grau de prejuízo a direito fundamental; e (iii) quanto à *proporcionalidade em sentido estrito*, a constitucionalidade da norma limita-se à compreensão de que os efeitos negativos por ela produzidos não são superiores aos positivos.

10) É importante compreender e evitar que o princípio da proporcionalidade seja utilizado sem a adequada noção dos valores jurídicos e fáticos essenciais para resolução das colisões de direitos e normas. A neutralidade estrutural do princípio impõe ao intérprete o compromisso com o conhecimento dos vetores axiológicos circundantes ao caso concreto e exige robusta argumentação e fundamentação para tomada das decisões.

11) A título de valores e interesses a serem ponderados no que pertine ao direito à elegibilidade, a Constituição Federal do Brasil define que a instituição de causas de inelegibilidade deve buscar proteger a probidade administrativa, a moralidade e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou político. No âmbito normativo constitucional português, os valores relevantes para validar a criação de inelegibilidades são a liberdade dos eleitores de escolherem seus representantes e a isenção e independência do exercício dos cargos eletivos.

12) No julgamento da Lei da Ficha Limpa, o STF demonstrou a importância do princípio da proporcionalidade como técnica de julgamento para justificar e dar transparência à decisão que declarou a norma constitucional. Houve a análise do ato normativo seguindo-se a ordem lógico-racional dos segmentos da proporcionalidade, notadamente no voto do Min. Rel. Luis Fux, em que se demonstrou a adequação da norma às finalidades da Constituição; a sua necessidade, porquanto ausente meio menos lesivo à elegibilidade; e uma relação de correspondência favorável entre os efeitos positivos e negativos causados pela legislação.

13) No âmbito do Tribunal Constitucional português, verificou-se que o julgador também se fez utilizar do princípio da proporcionalidade para justificar decisões a favor e contra a constitucionalidade de inelegibilidades. Nos casos analisados (acórdãos n.^{os} 364/91, 25/92 e 532/2017), todavia, não houve uma adequada utilização de todos os elementos do princípio da proporcionalidade, valendo apenas o registro de que a proporcionalidade foi legitimamente considerada como um instrumento necessário para justificar a colisão de direitos fundamentais.

14) Conclui-se que o princípio da proporcionalidade é um instrumento de valor e importância inegáveis para proteção dos direitos fundamentais, o que foi demonstrado, em que pese a crítica ora anotada, no julgamento do STF sobre a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa e nos julgados apresentados do Tribunal Constitucional. A correta utilização do princípio da proporcionalidade, na forma de

sua estrutura racional, permitirá sempre um porto seguro para a aferir a legitimação e correção do agir do Poder Público quando implicar em restrição a direito fundamental do cidadão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização: com incursão na teoria das regras e dos princípios. In: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 3. p. 811-893.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral.* 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral.* 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo

Legal. In*:* SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005, p. 255-269.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Ruy Nestor Bastos. Aplicação e dosimetria das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Org.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa.* Brasília: ESMPU, 2011. p. 184-212. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/questoes-praticas-sobre-improbidade-administrativa>. Acesso em: 28 jun. 2018.

_____; MAGALHAES, Jarbas Santana. A inelegibilidade da rejeição de contas dos gestores públicos: incidência da inelegibilidade na hipótese de rejeição das contas de gestão dos chefes do Poder Executivo pelos tribunais de contas. In: *Revista Populus*, v. 2, p. 139-168, 2016. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ba-revista-populus-2016-1481736169463>. Acesso em: 28 jun. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (Coord.). *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil.* São Paulo: Almedina, 2012. p. 155-192.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Maria de Fátima Abrantes; MIGUÉIS, Jorge. *Lei Eleitoral da Assembleia da República*, 4. reedição, actualizada, anotada e comentada com os resultados eleitorais de 1976 a 2002. Torres Novas: Gráfica Almondina, 2005.

_____. *Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais.* 1. reedição, actualizada, anotada e comentada. Torres Novas: Gráfica Almondina, 2005.

MIGUÉIS, Jorge. O contencioso e a jurisprudência eleitoral em Portugal. In: *Revista de Assuntos Eleitorais* n. 9, Lisboa, p. 59-77, 2005.

_____; LUÍS, Carla; ALMEIDA, João; BRANCO, Ana; LUCAS, André; RODRIGUES, Ilda. *Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais.* ed. rev. e atual. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2014.

MIRANDA, Jorge, *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*, Lisboa, AAFDL, 2003.

_____. Introdução ao Direito Eleitoral. In: *Estudos em memória do conselheiro Luís Nunes de Almeida.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 593-622.

MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político.* Coimbra: Almedina, 2017.

_____. *Curso de Direito Constitucional:* Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. 2, v. 2.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional.* Lisboa: AAFDL, 2017.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português:* organização do poder político. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. In: *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, a. 1, n. 1, p. 21-47, jan./2004. Disponível em: <http://sur.conectas.org/home/edicao-01/>. Acesso em: 29 ago. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito.* São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais (RT),* São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SOKAL, Guilherme Jales. O procedimento recursal e as garantias fundamentais do processo: a colegialidade no julgamento da apelação. 2011. 313 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 73 et seq.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 11-53.

RESPONSABILIDADE CIVIL, DANOS À PESSOA E CANDIDATURAS FEMININAS: CONTRIBUIÇÕES PARA O RECONHECIMENTO DO DANO DECORRENTE DO DESRESPEITO AOS DIREITOS POLÍTICOS PASSIVOS DAS MULHERES

CIVIL RESPONSABILITY, DAMAGE TO THE PERSON AND FEMININE CANDIDATURES: CONTRIBUTIONS TO RECOGNITION OF DAMAGE ARISING FROM DISRESPECT TO WOMEN'S PASSIVE POLITICAL RIGHTS

Volgane Oliveira Carvalho *

RESUMO

Em tempos de pós-positivismo é inevitável constatar que o Direito passa uma transformação, que implica, entre outras coisas, em um aumento da interrelação entre os diversos ramos do conhecimento jurídico, o que simbolicamente vem representado pelo processo irrefreável de constitucionalização do Direito Civil. Assim, progressivamente o Direito Civil vem incorporando valores constitucionais e reduzindo a influência de sua mola mestra, a autonomia da vontade. Esta simbiose atingiu em cheio os tradicionais modelos de admissão da responsabilidade civil, reconhecendo a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana à espécie e, consequentemente, admitindo a existência de novos danos extrapatrimoniais que atingem à pessoa. O presente artigo pretende verificar esta nova dinâmica, com foco especial na análise da existência de danos decorrentes do desrespeito aos direitos políticos passivos de mulheres em razão da atuação de partidos políticos ou coligações. Para atingir tal intento será realizada revisão bibliográfica e exame de decisões judiciais acerca do tema, bem como o uso dos métodos indutivo e hermenêutico-concretizador.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Direitos Políticos; Candidaturas femininas.

ABSTRACT

In times of post-positivism it is inevitable to verify that Law passes a transformation, that implicates, among other things, in a increase of the interrelation among the various juridical knowledge fields, which symbolically comes represented by the unrestrainable constitutionalisation process of the civil law. Therefore, progressively the civil law has incorporated constitutional values and reduced the influence of its mainspring, the freedom of will. This symbiosis stroke the traditionals admission

* Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. Professor de Cursos Graduação e Pós-Graduação em Direito. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRADEP.

models of civil responsibility, recognizing the applicability of the principle of human dignity to the sort and, consequently, admitting the existence of new non-material damages that impact the person. This article intends to verify this new dynamics, with special focus on the analysis of the existence of damages resulting from the disrespect to the women's passive political rights resulting from the action of political parties or coalitions. To reach such intent, will be carried out a bibliographic review and a examination of judicial decisions about the subject, as well as the use of the inductive and hermeneutic-concretizing methods.

Keywords: Civil responsability; Political rights; Feminine candidatures.

1 INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência em constante mutação e que procura, na medida do possível, adequar-se a realidade sócio-temporal que o circunda. Com este espírito em mente, nos últimos anos tem-se assistido a uma acelerada modificação dos padrões jurídicos consolidados por séculos. O surgimento de novos modelos de democracia e o fortalecimento da dignidade da pessoa humana e da cidadania foram o suficiente para destruir a antiguíssima dicotomia entre direito público e privado e pavimentar o caminho para a consolidação da "era da constitucionalização do Direito Privado".

A responsabilidade civil, obviamente, também foi agraciada por estas ondas aerantes, especialmente, com o reconhecimento da existência de novos danos extrapatrimoniais, que passam a fazer companhia ao até então solitário e superestimado dano moral.

Neste sentido, busca-se com este estudo analisar o comportamento jurisprudencial brasileiro quanto ao reconhecimento da existência de danos extrapatrimoniais decorrentes do desrespeito aos direitos políticos assegurados pela Constituição Federal de 1988, com especial foco na investigação da responsabilidade decorrente dos desrespeito aos direitos políticos passivos das candidatas.

Para alcançar os objetivos do presente estudo, realizar-se-á revisão bibliográfica acompanhada de pesquisa jurisprudencial e uso dos métodos indutivo e hermenêutico-concretizador.

2 O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A percepção dominante entre os estudiosos da História do Direito é de que os primeiros patamares do edifício das Ciências Jurídicas, erigidos ainda na Antiguidade, foram aqueles referentes ao Direito Penal, dada à necessidade do estabelecimento de limites ao convívio social, e ao Direito Civil, responsável pela proteção dos grupamentos familiares e do patrimônio. Ambos, desde o seu nascedouro mostram-se robustos e complexos.

O ramo cível, direcionado, mormente, às questões de ordem pessoais e familiares, ganhou fôlego sob o regime jurídico Romano e atingiu seu ápice com o advento da Era das Codificações, período do século XIX, que foi iniciado com a

edição do emblemático Código Napoleônico. Assim, se tornou a mais importante disciplina do ramo privado do Direito.

O Direito Constitucional, protagonista do cenário jurídico hodiernamente, possui uma história mais breve. O momento de sua gênese é associado à ocorrência das revoluções burguesas há pouco mais de dois séculos. Neste ínterim, passou por um desenvolvimento vertiginoso, assumindo rapidamente a posição de proa na ciência jurídica, capitaneando não apenas os ramos do Direito Público, mas as normas jurídicas em sua totalidade, especialmente após ter sido alçado ao ápice da pirâmide normativa kelseniana.

Tais processos desenrolaram-se de modo paralelo e indissociável e continuam a ocorrer continuamente. Contudo, é impossível negar que a consolidação do Direito Constitucional implicou em fortes influências na esfera cível, através da aplicação de suas regras e princípios. É, portanto, perene a necessidade de analisar-se como e porque se desenvolveu tal processo simbiótico.

2.1 PRIMEIRAS NOTÍCIAS DA INTERFERÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO NA ESFERA PRIVADA

A pedra de toque do Direito Privado é a autonomia da vontade, reapresentação jurídica da liberdade de agir do ser humano. Desde as bases civilistas romanas, a liberdade de procedimentos é estimulada. O legislador canta loas à capacidade que cada indivíduo tem de celebrar negócios jurídicos, estabelecendo as condições que lhes parecessem mais adequadas. A este esquema deve ser acrescido o caráter vinculante dos contratos: a *pacta sunt servanda*.

Pode-se resumir a questão nos seguintes termos: no âmbito das relações criadas livremente entre particulares, não caberia ao Estado interferir. Seu papel era de mero expectador e mediador imparcial, resolvendo conflitos que, eventualmente, surgissem. A atuação estatal seria, literalmente, mínima e decorreria, majoritariamente, de um chamamento de uma das partes.

A estruturação das relações privadas, nesses moldes, conseguiu, a um só tempo, gerar certa estabilidade nas relações sociais e controlar o Leviatã, reduzindo a atuação do ente estatal e evitando uma excessiva concentração de poderes. Este último aspecto foi ainda mais importante quando se tem em mente que, neste período, não se cogitava a criação de mecanismos formais de limitação do poder estatal ou a criação de um rol de direitos fundamentais.

Após o período romano, até mesmo nos regimes absolutistas, de nítido caráter autocrático, preservou-se um núcleo mínimo de atividades em que o Estado não se imiscuía. Essa engrenagem azeitada tinha como maiores defensores a elite econômica, dado que a maior parte dos negócios jurídicos se lastreava em questões patrimoniais. Dessa maneira, o sistema funcionou com relativo sucesso e inúmeros países, especialmente na Europa Continental, ergueram seus sistemas jurídicos sobre estas sólidas bases conceituais.

Os primeiros sinais de problemas com o modelo ocorre na transição entre os séculos XVIII e XIX, concomitantemente, com as Revoluções Burguesas e com os primeiros laivos do constitucionalismo. Em poucos anos, o mundo ocidental foi varrido por uma série de movimentos revolucionários que trataram de modificar o

status quo social e, consequentemente, as bases jurídicas dos países da Europa e dos emergentes Estados Unidos da América.

Em menos de meio século surgem algumas das mais importantes figuras que alimentarão o Direito pelos séculos seguintes[2]: o Estado liberal, o sistema federativo, o constitucionalismo e a codificação do Direito Civil. Neste exíguo espaço de tempo, o Direito Privado atinge seu apogeu, mas, concomitantemente, o Direito Constitucional começa a dar seus primeiros passos[3].

Em sua fase embrionária, o Constitucionalismo dedica-se à consolidação dos direitos de igualdade. Em senso prático, busca reduzir a intervenção estatal no viver dos cidadãos e fortalecer a regência da autonomia da vontade. Eis o motivo pelo qual o regime de codificações instaurado a partir da França ter sido coberto de êxito e replicado por outros sistemas jurídicos. Conforme Récio Cappelari[4]:

> [...] a Constituição tinha como finalidade precípua a organização política estatal e a limitação do poder político, de modo que os códigos civis, daquele momento em diante eram baseados no princípio da igualdade apenas formal, garantindo os direitos fundamentais, concebidos, grosso modo, como liberdades econômicas, podendo-se dizer que ao invés da Constituição, o direito civil codificado é que era o centro do sistema jurídico.[5]

A nova ordem legal foi exitosa, contudo, acabou fortalecendo, ainda mais, os interesses dos grupos econômicos e aumentando o poder dos representantes da nascente sociedade capitalista. Esse seria o caminho natural de uma sociedade baseada no mercado, contudo, àquela altura, grande parte do sucesso empresarial era obtido às custas da exploração da massa trabalhadora.

Esse cenário faz nascer o desejo de uma reorganização do Direito Privado, substituindo a autonomia da vontade e o patrimonialismo, como forças motrizes, pela proteção da pessoa. Concretamente, é possível observar que, a partir de meados do século XX, em alguns ordenamentos jurídicos:

> [...] a pessoa humana foi alçada a uma posição de centralidade, na busca do enquadramento da defesa do patrimônio a um segundo plano, para que este deixasse de ser o centro do sistema, a fim de tornar-se apenas um instrumento em benefício do homem. Neste processo de mudança de foco principal, as constituições em sua função basilar de tutela da pessoa, assumem

2 "O marco inicial dessa trajetória é a Revolução Francesa, que deu a cada um desses ramos do Direito o seu objeto de trabalho: ao direito constitucional, uma Constituição, promulgada em 1791; ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804. Apesar da contemporaneidade dos dois documentos, direito constitucional e direito civil não se integravam nem se comunicavam entre si". (AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. Constitucionalização do direito civil e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais às relações privadas. *Direitos fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 13, p. 144, out./dez. 2010.)

3 Em sua fase embrionário o Direito Constitucional ainda se achava submetido ao governo do Direito Civil: "A Constituição representava uma garantia aos cidadãos da não intervenção do Poder Público e, no ordenamento jurídico do Estado Liberal, assumia uma posição inferior ao Código Civil que era o eixo central" (GOEDERT, Rubia Carla; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A constitucionalização do direito privado, os direitos fundamentais e a vinculação dos particulares. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 12, n. 2, p. 467, jul./dez. 2012.).

4 Em igual sentido o posicionamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "Segundo a concepção liberal de constituição, esta é a parte essencial de uma determinada organização estatal – a que visa garantir a liberdade, por meio de um estatuto do Poder. [...] exatamente essa concepção é que difunde o constitucionalismo. É ela que se concretiza com as revoluções liberais, as quais todas levam ao estabelecimento de constituições". (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 78)

5 CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa na perspectiva da repersonalização do direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 73.

> um papel estrutural-normativo cada vez mais preponderante no sistema jurídico, inclusive no Direito Privado. A ordem constitucional, além de ser utilizada como diretriz fundamental para a elaboração e interpretação das leis infraconstitucionais (função estrutural), assume sua vocação de norma propriamente dita, com influência concreta sobre o Direito Privado, anteriormente intangível por normas que não fossem exclusivamente de seu ordenamento. (RIBEIRO, 2015, p. 2882)

Avançando rumo a realização desse programa, em meados do século XX, há um aumento das manifestações em defesa de um Estado que conseguisse, efetivamente, assistir à população. O arquétipo do Estado Liberal estava ultrapassado e as instabilidades sociais tornaram-se inevitáveis. Como catalisador externo desse processo, há que se reconhecer o papel das duas grandes Guerras Mundiais que afetaram de modo irreversível o modo de viver das pessoas, os sistemas econômicos e as estruturas de governo.

Somente em meados dos anos 1950, em meio ao processo de reconstrução da Europa devastada pela guerra, começa a ser formatado um novo modelo de Estado capaz de atender aos anseios sociais de modo concreto, tratava-se do *welfare state*. O novo paradigma estatal sustentava-se em dois pilares essenciais: políticas públicas eficazes e constituições democráticas. Neste sentido:

> De Estado Liberal e ausente da vida do cidadão, o Estado, agora regido pela Constituição, necessita realizar seus preceitos, e as democracias constitucionais agora se preocupam com o homem real. O Estado não apenas garante, mas promove o homem e fornece condições para tanto. O Estado Social Democrático de Direito nasce com o condão de realização da dignidade da pessoa humana, valor esquecido durante e que agora figura como centro e alicerce do ordenamento jurídico.[6]

Alçadas a sustentáculo de um modelo estatal, as constituições, especialmente as europeias, redigidas após a Segunda Guerra Mundial, adentraram em temas, até então sagrados para o Direito Privado, como a propriedade e a família. Essa mudança de horizontes pode ser interpretada como o primeiro sinal do processo de constitucionalização do Direito Privado.

Na seara contratual, por exemplo, "[...] objeto existencial, e não mais unicamente patrimonial, aos princípios contratuais clássicos somam-se outros derivados da Constitucionalização do Direito Privado. São eles a boa-fé, a justiça contratual e a função social dos contratos"[7].

No caso específico do Brasil, o processo de constitucionalização do Direito Privado passou a ocorrer com mais efetividade a partir da edição da Constituição

6 NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa; GUIMARÃES, Helimar Fialho. A constitucionalização do direito civil e seus reflexos na responsabilidade civil. *Revista de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 3, jan./jun. 2012.

7 SETTI, Maria Estela Leite Gomes. O princípio da função social do contrato: conteúdo, alcance e a análise econômica do Direito. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19. 2010, Fortaleza. *Anais*... Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010. p. 419

Federal de 1988 após duas décadas de regime militar[8], anos depois das mudanças ocorridas na Europa continental:

> A Constituição alemã de 1949 e a criação do Tribunal Federal em 1951 deram início a uma produção teórica e jurisprudencial que concretizaram o Direito Constitucional nos países de produção romano-germânica. Paralelo a estes acontecimentos tem-se a Constituição Italiana de 1947 e a instalação da Corte Constitucional de 1956, seguidos da reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) que impulsionaram o debate sobre o novo direito constitucional.[9]

Nesse cenário, resta claro que o processo de constitucionalização do Direito Privado é, na verdade, parte da emersão de um novo Direito Constitucional com grande foco na proteção dos direitos e garantias individuais, atribuindo um protagonismo maior ao cidadão em detrimento do Estado.

2.2 CARACTERIZAÇÃO FORMAL DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A constitucionalização do Direito Privado, como referido alhures, não é um processo homogêneo, mas possui um núcleo essencial: a desvinculação do caráter patrimonialista do Direito Privado e um aumento da atenção e proteção aos indivíduos. O grande destaque deste movimento é a repersonalização do Direito.

O movimento de repersonalização do Direito Civil tem por escopo realizar uma nova leitura dos institutos básicos da disciplina, discutindo "[...] os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia"[10].

Em outras palavras, a repersonalização implica no reconhecimento da preponderância do indivíduo sobre o patrimônio em todos os ramos do Direito e na elevação do princípio da dignidade da pessoa humana à condição de um dos pilares do ordenamento jurídico pátrio.

A adesão plena a essas ideias é mais complexa nos ramos do Direito Privado, pois, como mencionado, a estruturação das disciplinas historicamente centrou todo seu foco e denodo na defesa do patrimônio e na segurança dos contratos e acordos bilaterais, independentemente dos desgastes que tais medidas pudessem gerar aos direitos individuais.

O avanço deste programa implica na maior intervenção do Estado em temas sensíveis à vida privada dos cidadãos, mitigando o princípio da autonomia da vontade. Maria Celina Bodin de Moraes[11] comenta o fenômeno:

8 Conforme Daniel Sarmento: "O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do fim da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88". (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. S.l.: Lumem Juris, 2009. p. 43)

9 PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Roco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito*: PUC Minas Serro, Serro, n. 6, p. 66, 2012.

10 FACHIN, Luis Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 78

11 MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 235, jul./dez. 2006.

> [...] a funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades superiores consagradas na Constituição, tal como se observa, por exemplo, na instrumentalização da família ao livre desenvolvimento de seus membros e na subordinação da tutela do contrato e da propriedade à realização da função (*rectius*, justiça) social, tornou-se uma conseqüência necessária do respeito obrigatório à hierarquia das fontes.

A aplicação dos princípios constitucionais às relações privadas, produzindo adaptações aos modelos privatistas até então dominantes, não representa propriamente uma revolução. Na verdade, trata-se apenas de uma adequação, pois é cediço que as normas constitucionais possuem posição prevalente sobre todo o restante do ordenamento jurídico e como tal influenciam todas as relações sociais.

Contudo, esta adaptação não foi unânime, importantes vozes levantaram-se externando a contrariedade ao avanço constitucional sobre a senda cível:

> Por outro lado, a Constituição, em princípio, não é o lugar correto nem habitual para regulamentar as relações entre cidadãos individuais e entre pessoas jurídicas. Nisso consiste, muito pelo contrário, a tarefa específica do Direito Privado, que desenvolveu nesse empenho uma pronunciada autonomia com relação à Constituição. [...] o Direito Privado, em regra, disponibiliza soluções muito mais diferenciadas para conflitos entre os seus sujeitos do que a Constituição poderia fazer.[12]

Calculados os movimentos favoráveis e contrários, é indubitável que a superioridade hierárquica constitucional acabou prevalecendo de modo sobranceiro sobre o caráter especial das normas civilistas, gerando, paulatinamente, um processo de acomodação e pacificação que redundou, em certa medida, numa simbiose entre ambas, com indícios de uma "privatização" do Direito Constitucional, inclusive.

Ainda que se ignorasse o caráter positivista do princípio da hierarquia das normas, a aplicação da ótica pós-positivista resultaria na mesma conclusão, dada a necessidade de reconhecimento da aplicação eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Deve-se à Alemanha, na segunda metade do século XX[13], a construção das bases teóricas para a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, com o objetivo de aplicar as diretrizes constitucionais como meio para a solução de conflitos entre particulares, mormente, quando é possível verificar uma dessimetria elevada entre os polos conflitantes.

Desse modo, a constitucionalização de princípios de Direito Privado ocorre quando eles são incorporados ao texto constitucional. A Constituição de 1988 possui inúmeros exemplos disso, entretanto, dentre todos merece especial destaque a institucionalização da ideia de função social da propriedade.

12 CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 206-207.

13 O marco referencia do reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais entre particulares é o julgamento do Caso Lüth (1958), quando a Suprema Corte Alemã reconheceu pela primeira vez prevalência da liberdade de expressão em desfavor dos direitos de personalidade.

Esta realidade traz consequências importantes influindo até mesmo sobre a atuação legislativa.

> O legislador, inserido nessa nova realidade de primazia da Constituição sobre todo o sistema jurídico, fica condicionado, na elaboração normativa de todo o direito, inclusive do direito privado, à observância, por exemplo, dos princípios de igualdade, quando for disciplinar matéria de conteúdo contratual e de direito de família; e da solidariedade e da socialidade, na elaboração de normas que digam respeito à propriedade.[14]

Essa é uma novidade, pois, em decorrência do conceito de normas formalmente constitucionais, as Constituições restringiam-se a cuidar da organização do Estado e do estabelecimento de um rol de direitos e garantias fundamentais.

Após Segunda Guerra Mundial ampliaram seu espectro de atuação e acresceram temas de Direito Privado[15] a seus textos, inclusive, associando-os com os direitos fundamentais. Esta foi uma novidade inesperada no panorama jurídico da época e resultou no início de evolução irrefreável para a criação de uma realidade simbiótica unindo Direito Público e Privado.

2.3 O PROTAGONISMO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA SEARA CÍVEL

A consolidação da publicização dos ambientes privados e da repersonalização do Direito Civil espraiou livremente seus efeitos atingindo não apenas os direitos de personalidade e a seara familiar. Todos os ramos foram beneficiados por estes novos ares, até mesmo, a responsabilidade civil.

Não custa repisar que

> [...] o grande desafio dos intérpretes do direito privado constitucionalizado é perceber que a pessoa humana passa a ser sujeito de direitos nascidos da dignidade humana e não mais sujeitos do direito, objetos de trabalho do direito, que sob a lógica do patrimonialismo eram tutelados. [16]

O estudo da responsabilidade civil tornou-se mais complexo, seja pelo processo de publicização que sofreu, seja pela fluência de fatores sociais relevantes. O avanço tecnológico, a redução das desigualdades sociais, o aprimoramento da formação educacional da população e a urbanização são elementos que explicam o aumento consistente do consumo e, consequentemente, de questões relacionadas com a responsabilidade civil.

14 MIRANDA, Daniel Gomes de. Modos de constitucionalização do direito privado. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17. 2008, Brasília, DF. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 6.668

15 A Constituição Federal de 1988 é exemplo disto ao incluir no rol de direitos fundamentais algumas figuras novas como: a função social da propriedade (artigo 5º, XXIII), restrição aos direitos autorais em favor do interesse coletivo (artigo 5º, XXIX) e a defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII). Além disto, trata, também, dos princípios gerais da atividade econômica (artigos 170 a 181) e da família (artigos 226 a 230), todos, temas tradicionalmente reservados à seara do direito privado.

16 BOLESINA, Iuri; SCHROEDER Helena Carolina. A "limitação" voluntária dos direitos da personalidade no Direito Civil contemporâneo. In: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2016, Santa Cruz do Sul. *Anais eletrônicos...* Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/issue/view/71>. Acesso em: 15 mar. 2019.

Igualmente relevante é a hipertrofia do Estado e a ampliação da gama de serviços públicos prestados, o que produz também um acréscimo no debate acerca da responsabilidade da administração pública por sua atuação ou omissão.

O somatório desses fatores resulta em uma nova fase para a responsabilidade civil, baseada em outros valores e vigilante para uma série de incontáveis eventos a ser analisados, resultado do processo de ampliação da complexidade das relações sociais na pós-modernidade.

No que tange à constitucionalização do Direito Civil, há que se observar que o elemento mais notável para as questões vinculadas à responsabilidade civil possivelmente seja a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como norte da postura estatal. Conforme Maria Celina Bodin de Moraes:

> O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto.[17]

Esta mentalidade, agregada ao franco fortalecimento dos direitos de personalidade, criou terra fértil para o florescimento de um rol com novas espécies de danos a serem ressarcidos e, na mesma medida, modificou a função social das indenizações.

3 RESPONSABILIDADE AQUILIANA E DANOS À PESSOA

A alvorada do século XXI consolidou novidades jurídicas, firmando a preponderância da dignidade da pessoa humana nas relações privadas. Além disso, a própria conformação social envolta na liquidez de princípio agiu para alterar o comportamento dos indivíduos. Nesse caldo de cultura, a definição de dano moral, como ramo de proteção e tutela dos interesses dos indivíduos diante de atos ilícitos tornou-se precária e insuficiente. Isto por que:

> [...] na atualidade, ocorre um verdadeiro elastério conceitual da modalidade de dano moral, como se todas as situações pudessem ser catalogadas como tal, fato que está impositivamente acontecendo, muitas vezes, com evidente equívoco de compreensão ou até mesmo desvio de finalidade, mas, enfim como se tal fosse a única alternativa de se tutelar os casos onde o "injusto salta aos olhos" e onde não se disporia de outras categorias ou classificações que melhor atendessem a meritória tutela da pessoa humana diante da ocorrência do evento danoso.[18]

17 MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 238.

18 CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa na perspectiva da repersonalização do direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 127.

Assim, a pretexto de não permitir que uma injustiça ocorresse o conceito de dano moral foi levado ao altar dos sacrifícios jurídicos e completamente desvirtuado. Esta medida, entretanto, nem sempre produz resultados altruístas, tendo em vista que a limitação da responsabilidade aquiliana aos casos de dano moral acaba sufocando o reconhecimento de outras espécies de dano à pessoa que surgiram com a pós-modernidade.

Ademais, a limitação conceitual configura afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, por limitar a proteção do indivíduo ou valer-se de ficções jurídicas para fazê-lo.

3.1 OS DANOS A PESSOA EM UMA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

Reformando a rasa e inerte dicotomia que repartia a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, ou em patrimonial e extrapatrimonial, há que se verificar uma acelerada especialização da responsabilidade extrapatrimonial[19] no período pós-positivista.

Esta medida é reflexo das transformações sociais e necessária frente à saturação do modelo fincado exclusivamente no dano moral, conforme Cappelari[20]:

> De imediato já se ousa afirmar a insuficiência da denominação e mesmo da própria categoria 'dano moral' para abrigar e mormente para tutelar, de modo adequado, toda a variedade dos danos a pessoa humana, tais como recorrentes no mundo contemporâneo.

A insuficiência anotada por Cappelari, na verdade, consolida-se com a constatação de que é necessário adequar a tutela aquiliana aos novos tempos, anseios e complexidades sociais, que iniciaram um processo irrefreável de alteração dos comportamentos e, por via de consequência, influíram irreversivelmente na atividade de interpretação e aplicação do Direito.

> O alargamento da noção de dano ressarcível, todavia, veio ocorrendo de maneira avassaladora. Com efeito, fala-se hoje em dano ao projeto de vida, dano por nascimento indesejado, dano hedonístico, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de férias arruinadas, dano de morte em agonia, dano de brincadeiras cruéis, dano de descumprimento dos deveres conjugais, dano por abandono afetivo e assim por diante.[21]

Frente a este novo cenário, o caminho mais adequado é reconhecer a existência de uma categoria maior de danos, que serviria como uma espécie de ramo de onde emergem todas as subespécies hodiernamente conhecidas. É o momento, portanto, de passar a falar-se em "danos à pessoa". A adoção de tal terminologia objetiva reconhecer, concomitantemente, a importância da dignidade da pessoa humana neste novo regime constitucional.

19 Neste trabalho os termos responsabilidade extracontratual, responsabilidade aquiliana e responsabilidade extrapatrimonial estão sendo empregados como sinônimos.

20 Idem. Ibidem, p. 125.

21 MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 251, jul./dez. 2006.

Os novos danos à pessoa elencam situações importantes que estavam anteriormente desguarnecidas ou dependentes da elasticidade da interpretação adotada pelos magistrados durante o julgamento dos casos concretos. Contudo, uma espécie merece os holofotes: o dano decorrente do desrespeito aos direitos fundamentais ou à dignidade da pessoa humana.

4 REPERSONALIZAÇÃO E EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Todo o processo de reinvenção do Direito Privado com a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana a um papel de destaque e a consequente repersonalização do indivíduo produz efeitos na esfera pública, atingindo, em patamar de igualdade, os eleitores e os candidatos.

Nessa quadra, é reconhecida a aplicabilidade dos direitos de personalidade, patrimoniais e extrapatrimoniais, aos titulares dos direitos políticos. O eleitor deixa de ser encarado apenas como um indivíduo com poder de realizar escolhas eleitorais periodicamente, legitimando o desempenho de mandatos eletivos. Do mesmo modo, os candidatos passam a ser encarados como pessoas e não apenas como políticos envolvidos em disputas de poder.

Essas alterações conceituais possuem grande repercussão prática e, dentre outros ramos do Direito, atingem de modo contundente a seara da responsabilidade civil, criando uma nova categoria de estudo: o danos decorrentes do desrespeito aos direitos políticos.

4.1 O ELEITOR E A SUA DIGNIDADE

Grande parte da doutrina brasileira afirma que a cidadania está associada à capacidade de um indivíduo exercer os direitos políticos ativos em sua plenitude[22]. Contudo, a concepção pós-positivista de cidadania amplifica o espectro, fazendo-o alcançar os mais diversos direitos e apontando para uma direção global. Neste novo cenário, é mais adequado o manejo da definição criada por Hanna Arendt, para quem a cidadania deveria ser compreendida como o direito a ter direitos.[23]

A cidadania não pode reduzir-se ao pleno gozo dos direitos políticos, tendo em vista que a realidade e as necessidades humanas são bem mais amplas do que a participação política. Há que se sublinhar, ainda, que a novel percepção da cidadania também inclui o cumprimento de deveres inerentes à convivência social e respeito mútuo, fatores muito importantes em uma sociedade de massas.

Maria Victoria Benevides[24] resume eficazmente esse conjunto de diretrizes: "Na teoria constitucional moderna, cidadão é o indivíduo que tem um vínculo jurídico com o Estado. É o portador de direitos e deveres fixados por uma determinada estrutura legal (Constituição, leis) que lhe confere, ainda, a nacionalidade".

22 A compreensão de que a cidadania restringe-se ao pleno gozo dos direitos políticos é amplamente majoritária entre os doutrinadores, coadunando com este posicionamento: José Afonso da Silva (2001), Alexandre de Moraes (2009), Michel Temer (2008) e Thales Tácito Cerqueira (2008).

23 LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hanna Arendt. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 55-65, maio/ago. 1997.

24 BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 33, p. 7, ago. 1994. Igualmente pertinente é a observação de José Murilo de Carvalho: "Tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos". (CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 09).

Há que se acrescer, ainda, um elemento importante, na redação da Constituição de 1988, o legislador constitucional alocou a cidadania dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, em situação de plena igualdade com a dignidade da pessoa humana. O legislador não faz opções vãs.

Essa nova compreensão da cidadania, por lógica de consequência, atinge de modo direto o eleitor. Tradicionalmente, em especial no campo positivista, o cidadão votante cumpria um importante papel como protagonista da democracia. Contudo, sua atuação era mais uma encenação do que um reconhecimento mais aprofundado de direitos.

Em outras palavras, ainda que atuasse como figura central do processo eleitoral, responsável direto pela definição dos destinos administrativos do país e detentor constitucional do poder[25], não era verdadeiramente valorizado. As atenções eram desviadas para o candidato, o futuro administrador ou legislador, aquele que lutava pela conquista dos votos e a quem, ao final, caberiam todos os louros do processo.

O eleitor realizava um papel praticamente automático e pouco racional. O cumprimento da ritualística da eleição com o comparecimento ao local de votação, a espera na fila e o momento de digitação do voto, associados com a sua agregação ao cômputo total dos escrutínios, era suficiente para que o cidadão se sentisse parte do processo.

Essa visão deve ser desmistificada. Parte do mito de participação rui quando se recorda o fato de que o regime constitucional brasileiro determina o comparecimento obrigatório à seção eleitoral (para votar ou justificar) e que a ausência implica em penalidades pecuniárias e limitações administrativas. Sob esta ótica, o direito ao sufrágio ativo acaba transfigurando-se em verdadeiro direito-dever, não podendo ser limitado ao *mise-en-scène* narrado alhures.

A pós-modernidade exige que o eleitor seja encarado de modo pleno, atingindo sua complexidades e desejos, ou seja, os cidadãos devem ser considerados individualmente como parte de um processo, em que detêm o importante poder de escolher representantes para cargos eletivos, participar do processo de criação legislativa, realizar manifestações políticas e influir concretamente no andamento da democracia brasileira.

4.2 O CANDIDATO E A SUA DIGNIDADE

A repersonalização do eleitor é um processo que é irreversível e com alcance mais longo do que se pode crer inicialmente, pois ao atingir todos os cidadãos indistintamente, acaba recaindo, obviamente, sobre aqueles indivíduos que são, concomitantemente, eleitores e candidatos.

Isso descortina a necessidade de que seja realizado, também, o processo de repersonalização dos candidatos, afastando-se a visão unitária de que exercem um papel plenipotenciário de busca e consolidação do poder político.

O modelo eleitoral brasileiro foi construído sobre sólidas bases patriarcais e patrimonialistas, ou seja, há uma valorização do patrimônio político e econômico

25 Conforme o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". (BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988.)

dos candidatos, em detrimento de outros valores mais importantes. Uma das marcas indeléveis do modelo eleitoral brasileiro é um forte apego ao patrimonialismo, uma grande monetarização dos pleitos e um baixo fluxo ideológico de propostas nas campanhas eleitorais.

Desde o Império, a política nacional é comandada por homens que possuem rendas, votos ou, preferencialmente, ambos, não se tratando de uma escolha humanizada. Assim, as candidatas e os candidatos que não possuem patrimônio a apresentar acabam recebendo um tratamento diferente dos demais concorrentes.

Durante a sua primeira infância, as disputas eleitorais no Brasil possuíam caráter nitidamente econômico tendo em vista a existência de um sistema censitário que exigia patrimônio de eleitores e candidatos. Esse modelo vigente no Império diminuía o número de concorrentes e tornava as eleições um jogo de cartas marcadas.[26]

Posteriormente, na República Velha, a fraude eleitoral foi institucionalizada por uma série de medidas que garantiam a vitória dos grupos financeira e politicamente dominantes. Essa tradição foi sucessivamente repassada chegando até às portas do século XXI, influenciando, inclusive, a legislação. As normas de regência dos pleitos brasileiros centram-se principalmente nos aspectos patrimoniais dos pleitos.

Nesse sentido, emergem sinais claros de que o temor do legislador não se relaciona com a parte propositiva do pleito, mas sim com as repercussões econômicas. Exemplo notável disso pode ser encontrado no processo de registro de candidatura. Naquela oportunidade, o candidato a um cargo no Executivo deve apresentar entre outros documentos a declaração de bens, limites máximos de gastos na campanha e rol de propostas a serem implementadas.

Na hipótese de o candidato apresentar uma declaração falsa de bens poderá responder pelo crime de falsidade ideológica eleitoral (art. 350 do Código Eleitoral). Se desrespeitar os limites de gastos, poderá ter que devolver os recursos aos cofres públicos e, quiçá, perder o mandato se tiver sido eleito.

De outra banda, se descumprir o protocolo de propostas de governo apresentadas não sofre nenhuma penalidade. A apresentação do programa de governo é puramente exemplificativa e não vinculante. Rodrigo López Zílio apresenta forte crítica ao instituto:

> [...] norma que se revela inócua - porque não previsto o recall no atual sistema eleitoral brasileiro -, sendo concebida como regra programática e de cunho estritamente moral. No mesmo norte, porque dirigida exclusivamente aos Chefes do Poder Executivo, o comando normativo dá tratamento diversificado em relação aos demais pretendentes a mandato eletivo, os quais, somente porque deliberam por maioria nas respectivas Casas Legislativas, estão ao largo do comando normativo.[27]

Ao final da campanha, do mesmo modo, o candidato está obrigado a prestar contas de seus gastos e poderá ser responsabilizado por quaisquer excessos.

26 NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil*: do Império aos dias atuais. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

27 ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 285.

Ademais, existe uma série de mecanismos processuais que visam investigar e punir eventuais abusos de poder político e econômico. Assim, é notório que toda a estrutura legislativa eleitoral foi construída em torno de um modelo patrimonialista.

Nesse quadrante, o poder econômico serve como garantidor de uma eleição mais cômoda, de modo que os candidatos mais abastados possuem larga vantagem sobre os demais por conta das relações de dependência que se formam no interior e nas periferias do país.[28]

Essa tradição de mandonismo[29] foi relacionada com os governos oligárquicos e ruralistas típicos da República Velha. A Revolução de 1930 e ascensão de Getúlio Vargas não foram suficientes para o desmonte desta tradição. Na verdade, as oligarquias rurais passaram a ser ladeadas por grupos políticos com métodos e propósitos similares, mas com bases fincadas nas cidades. Os grupos políticos notáveis vêm sendo sucessivamente substituídos, mas ainda possuem forte fundo econômico na sua chegada ao poder.

O desaparecimento do elemento oligárquico "[...] no qual uma determinada elite controla a cena pública, o que se observa é que, no máximo, o que se obteve foi a multiplicação de elites que visam à dominação política e que concorrem entre si".[30]

O lastro econômico é importante nas disputas eleitorais, também, em decorrência dos elevados custos de uma campanha que envolve um volume incomensurável de despesas com pagamento de pessoal, fornecedores, deslocamentos e execução de programas de rádio e televisão. O aumento exponencial dos custos de uma disputa política acaba estimulando a adoção de medidas de caráter ilícito para o levantamento de fundos de campanha. Este cenário eleitoral é desalentador, visto que o candidato viável acaba tornando-se um empresário da democracia, administrando entradas e saídas de caixa e de votos[31].

Esse cenário, progressiva e lentamente vem se alterando, em razão das mudanças de hábitos e comportamentos típicos da modernidade líquida, notadamente, o aumento da difusão e produção de conhecimento e o incremento da autonomia do indivíduo, resultando em um individualismo exacerbado.[32]

No campo dos direitos políticos, entretanto, esta oxigenação ainda não foi sentida por completo; o sistema eleitoral brasileiro ainda estimula um processo de desumanização do candidato. Não existe qualquer óbice, também entre os titulares dos direitos políticos passivos, ao reconhecimento da interação entre direitos políticos e direitos de personalidade.

Ademais, é perfeitamente viável a interação entre direitos políticos e direitos de personalidade em unicidade, vez que a aplicação estanque dos dois blocos protetivos não possui o mesmo potencial positivo. Dessa maneira, a repersonalização do candidato permite:

---

28 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

29 A expressão mandonismo local é utilizada por Maria Isaura Pereira de Queiróz para explicar as relações de poder existentes no meio rural brasileiro durante a República Velha. (QUEIRÓZ, Maria Isaura Pereira de. *O mandonismo local na vida política brasileira e outros ensaios*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976.)

30 STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política & Teoria do Estado*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 117.

31 Jairo Nicolau (*História do voto no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.), José Murilo de Carvalho (*Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.) e Márlon Jacinto Reis (*O gigante acordado*: manifestações, Ficha Limpa e reforma política. São Paulo: Leya, 2013.) concordam com a existência de uma cultura patrimonialista no processo eleitoral brasileiro.

32 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

> [...] uma melhor visualização do exercício dos direitos políticos, diferenciando-o do exercício de outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade de manifestação, à liberdade artística e ao trabalho (CF/88, art. 5º, incs. IV, IX e XIII). Não que a presença das circunstâncias supracitadas descaracterize o exercício destes direitos fundamentais. Acontece que, sem as referidas peculiaridades, haverá tão somente exercício de outros direitos fundamentais, ao passo que, presentes as peculiaridades, haverá exercício destes outros direitos civis em interface com o exercício dos direitos políticos. Há, nessa última hipótese, simbiose entre público e o privado no exercício dos direitos pelo cidadão, dada a vocação preponderantemente publicista dos direitos políticos.[33]

A privatização dos espaços públicos movida pelo individualismo tem o condão de produzir efeitos profundos na dinâmica do exercício do direito de sufrágio ativo, libertando o candidato das amarras patrimoniais e permitindo que ele possa usufruir de sua individualidade.

A individualidade materializa-se pelo desejo de ser único dentro de um universo de iguais.[34] A concretização desse individualismo passa, indubitavelmente, pela repersonalização do candidato, ou seja, é necessário e inadiável que o candidato seja agraciado pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ao processo eleitoral, o que implica na defesa concreta de direitos e interesses até agora relegados a planos secundários.

Esse processo não é traumático ou irrealizável. Na verdade, o cerne do debate acerca da repersonalização do candidato é basicamente interpretativo. Não se pretende realizar uma revolução normativa, mas uma ponderação hermenêutica. O frenesi de alteração legislativa é uma ilusão simbólica. A boa norma permanece intacta, servindo ao trabalho do intérprete como a tela à ação do pintor. Trata-se do paradoxo de toda norma: permanecer imutável, mas sempre atual.

Trata-se, portanto, basicamente, de um processo de reconhecimento de direitos já regulados. Inicialmente, o candidato tem direito pleno ao uso do nome, assim, não devem prosperar ações que objetivam impedir alguém de registrar nome para a disputa eleitoral que envolva referência a órgão públicos. O Estado não pode impedir o uso de uma alcunha que representa a identidade do indivíduo naquela comunidade.

Do mesmo modo, não se pode coibir o direito à identidade sexual. Desse modo, os transexuais que participem das eleições têm o direito de promover o seu registro de candidatura com a designação do sexo conforme sua auto-identidade, mesmo que em contrariedade com sua condição biológica.

No corpo da eleição há que se reconhecer o direito da candidato à intimidade, privacidade e honra, especialmente, através do estabelecimento de limites objetivos para a realização da propaganda eleitoral. Não é possível que o ataque a vida privada do candidato e a divulgação de dados íntimos de sua vida possam ser matéria que interesse ao eleitorado.

33 CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. *Direitos políticos fundamentais e sua suspensão por condenações criminais e por improbidade administrativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 135.

34 BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

No mesmo sentido, há que se reconhecer o direito do candidato recorrer ao direito ao esquecimento para impedir a divulgação de fatos de seu passado que sejam meramente desabonadores e não tenham repercussão em sua capacidade administrativa ou legislativa.

Por fim, é imperioso o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado e dos particulares por desrespeito ao direito de sufrágio passivo, ou seja, o candidato que foi prejudicado no pleito por erro ou desídia tem direito à reparação do dano que lhe foi causado.

4.3 A CANDIDATA E A SUA DIGNIDADE

Realidade ainda mais específica é aquela vivenciada pelas candidatas em disputa por cargos eletivos no Brasil. A luta por efetivação da participação política feminina no Brasil não é recente, remontando aos primórdios do século passado com os primeiros movimentos sufragistas e o protagonismo de grandes líderes como Bertha Lutz, Nísia Floresta e Maria Lacerda de Moura[35], mas ainda não alcançou verdadeiro êxito, visto que a quantidade de mulheres exercendo cargos eletivos ainda é pífia.

As medidas legislativas criadas para estimular o envolvimento político de mulheres, especialmente, a quota de gênero para o registro de candidaturas, têm se mostrado inócuas. Em certos casos acabou atingindo efeito transverso, servindo para legitimar o domínio de candidatos do sexo masculino e reduzir ainda mais a participação da mulher no processo eleitoral.

> Para explicar o porquê de, mesmo sendo 30% das candidatas, as mulheres continuam representando apenas aproximadamente 10% dos eleitos no Poder Legislativo, pode-se cogitar o seguinte: a) a estrutura patriarcal e machista brasileira; b) o emprego de candidatas "laranjas" por parte dos partidos e coligações; c) a estruturação do nosso sistema eleitoral.[36]

Discute-se quais fatores explicam a inanição das candidaturas femininas e sobejam argumentos que atribuem às próprias mulheres a responsabilidade por este quadro. As ideias de que a mulher estaria impedida de se envolver com a atividade política seja por possuir grandes responsabilidades com o trabalho e a família e não lhe restar tempo[37], seja pelo fato de a política não ser um ambiente adequado, por estar contaminado por práticas pouco ortodoxas[38], são preconceituosas e estimulam a manutenção do quadro androcêntrico na política.

35 MENEZES, Lená Medeiros de. Feminismo(s): reflexões sobre silêncios, resistências e descontinuidades. In: MAGALHÃES, Lívia. *Lugar de mulher*: feminismo e política no Brasil. Rio de Janeiro: Oficina, 2017. p. 30.

36 QUINTELA, Débora Françolin; DIAS, Joelson. Participação política das mulheres no Brasil: das cotas de candidatura à efetiva paridade na representação. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI: Teorias da Democracia e Direitos Políticos. 25., 2016, Brasília-DF. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 197.

37 TOSCANO, Moema. A mulher na política. In: TABAK, Fanny; TOSCANO, Moema. *Mulher & política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

38 MASCHIO, Jane Justina. Eficácia/ineficácia do sistema de cotas para as mulheres. *Resenha Eleitoral:* Nova Série, Florianópolis, v. 10, n. 1, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impressas/integra/2012/06/eficaciaineficacia-do-sistema-de-cotas-para-as-mulheres/indexecf1.html?no_cache=1&cHash=41fd54251934e-987a6a5aab11920f90c >.

Contudo, não se pode absolver completamente as mulheres. Parte da culpa pelo resultado pode ser atribuído a uma parcela de candidatas que, por não compreender a importância da representatividade política feminina, submete-se à aventura de uma candidatura fantasma com o objetivo de amealhar benesses, tais como o afastamento remunerado de cargo público conforme assegura a legislação de regência.

O desestímulo às candidaturas femininas beira à irracionalidade, pois, no regime eleitoral brasileiro, não faz sentido que um partido político utilize as vagas de que dispõe para lançar candidatos que não possuam capilaridade eleitoral. A incapacidade de amealhar votos é nefasta para o sistema proporcional em que as legendas ou coligações necessitam recolher a maior quantidade possível de sufrágios para engordar seu quociente partidário e, consequentemente, eleger mais pessoas.

É preciso que a Justiça Eleitoral adote medidas exemplares para coibir tal comportamento. Um passo importante nesse sentido foi o julgamento do RESPE nº 1-49/2013[39]. Naquela oportunidade, o TSE assentou que é possível o manejo de AIME quando houver fraude consistente no registro de candidaturas femininas unicamente para assegurar o quantitativo mínimo exigido pela lei e garantir, por via transversa, o registro de candidaturas masculinas (2015).

Na mesma toada, em decisão recente, o TSE respondeu Consulta formulada por deputadas federais e senadoras, afirmando que a distribuição dos valores do Fundo Especial de Financiamento de Campanha devem ser destinados, no mínimo, 30% para as candidaturas femininas e que o mesmo percentual deve ser assegurado para as candidatas na propaganda eleitoral gratuita. A decisão configura verdadeira política afirmativa, que visa contribuir efetivamente para o acréscimo do número de mulheres eleitas para os parlamentos.

As decisões do TSE acerca da participação política feminina atacam diretamente o comportamento dos partidos e coligações que, muitas vezes, são responsáveis pela segregação das candidatas. As mulheres muitas vezes:

> [...] sofrem com a manipulação dos partidos políticos, que, como tentativa de driblar a legislação, lançam candidaturas de fachada, tão somente para poder apresentar maior número de homens candidatos. Estas candidatas laranja são jogadas na campanha eleitoral, sem qualquer recurso, quando no mínimo estão cientes de seu registro de candidatura. Contudo, em que pese a lei determinar a necessária observância a uma quantidade mínima de mulheres candidatas, caso não cumprido este regramento, nenhuma sanção era imposta ao partido, à coligação ou aos agentes que contribuíram para a conduta fraudulenta ou que dele se beneficiavam.[40]

39 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 1-49.2013.6.18.0024 - Classe 32/PI. Acórdão. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Corrupção. Fraude. Coeficiente de gênero. Recorrente(s): Coligação Vitória que o povo quer e outros. Recorrido(s): Roberval Sinval de Moura Carvalho e outros. Relator: Min. Henrique Neves. José de Freitas, 21 de outubro de 2015. *Lex:* Revista de jurisprudência do TSE, Brasília-DF, v. 26, n. 4, p. 102-120, out./dez. 2015.

40 BUENO, Emma Roberta Palu; COSTA, Tailaine Cristina. Meu pé de cota laranja: a Justiça Eleitoral e o seu papel na garantia da efetivação da participação da mulher na política. In: SALGADO, Eneida Desiree; et.al. *Mulheres por mulheres*: memórias do I Encontro de pesquisa por/de/sobre mulheres. Porto Alegre: Fi, 2018. p. 86-87

Além das candidatas fantasmas ou laranjas, decorrem da atuação partidária diversas condutas discriminatórias, a título de exemplo: o registro de candidatas sem o seu conhecimento e autorização; a distribuição desigual de recursos para a propaganda eleitoral; a participação díspar na propaganda eleitoral gratuita e a desproporção na quantidade de material de propaganda recebido em comparação com outros candidatos.

É certo que todas estas ações acabam por desequilibrar a disputa e, em última instância, acabam impedindo ou dificultando o sucesso eleitoral das mulheres. Nestas situações, resta claro e evidente o desrespeito ao direito de sufrágio passivo das candidatas.

5 DOS DANOS POR DESRESPEITO AOS DIREITOS POLÍTICOS: O *CASE* DO TRATAMENTO DIFERENCIADO DEDICADO ÀS CANDIDATURAS FEMININAS

Os novos paradigmas repersonalizantes da responsabilidade civil apontam para a necessidade de ressarcimento independentemente de dano no caso de afronta a direitos fundamentais. Ora, inexistem dúvidas acerca da natureza jurídica do direito ao sufrágio passivo. Sendo direito político, é direito fundamental.

5.1 ERRO ESTATAL E RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS ATIVOS

É inegável a existência de um processo de honorificação do voto no Brasil, resultado de uma interpretação constitucional mais moderna. Neste sentido, emerge um questionamento: o eleitor privado de exercer o direito ao sufrágio por erro puramente estatal merece ser indenizado?

A resposta a esta indagação passa pela conjugação de vários elementos. A Constituição de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana, a cidadania e os direitos fundamentais a um patamar de excelência e apresenta-os como elemento de primeira grandeza da nova ordem. Do mesmo modo, a reorganização do estatuto civil em 2002 traz pequenos reflexos disto ao apresentar, de modo inovador, um núcleo de direitos relacionados à personalidade.

É certo que o eleitor precisa ter reconhecida sua importância como ser individualmente considerado e detentor de um núcleo inafastável de direitos personalíssimos. Nesta toada, nada mais natural do que admitir a existência de afronta aos direitos políticos mínimos e, por via de consequência, a ocorrência de dano extrapatrimonial, quando o cidadão é impedido de participar das decisões estatais através do voto por erro da Administração Pública.

> Já não se afigura aceitável que, por exemplo, um eleitor vítima de uma prisão irregular, nas vésperas de uma eleição, não possa cogitar de uma reparação por danos morais e materiais decorrentes dessa prisão. Do mesmo modo, aquele que teve obstado o exercício do direito de votar, seja por uma falha do serviço eleitoral, seja em razão de uma decisão teratológica ou de uma ação isolada de alguém que se encontre à disposição dessa mesma Justiça, pode e deve acionar o Estado buscando uma justa compensação moral.[41]

41 FRANÇA, Edilson Alves de. Responsabilidade objetiva: das discussões teóricas ao direito eleitoral. *Revista Eleitoral*, Natal,

Decorre, como conclusão lógica destas considerações, que o impedimento do pleno exercício do direito de sufrágio pelo eleitor por erro exclusivo de funcionário público acarreta um dano extrapatrimonial que precisa ser reparado financeiramente. Essa questão já se encontra plenamente contemplada na jurisprudência pátria, contudo, as justificativas utilizadas para embasar as decisões são as mais diversas.

A primeira alternativa é a afirmação de que a existência de dano é autoevidente, prescindindo de qualquer justificativa mais específica para reconhecê-la. Este argumento foi aplicado no julgamento da Apelação/Reexame Necessário nº 5002626-67.2011.404.7114/RS[42] [43]**:**

> No caso concreto, ficou demonstrado que a autora foi impedida de votar, em razão de indevida alteração em seus dados cadastrais junto à Justiça Eleitoral. A jurisprudência tem considerado que o dano é presumido em casos análogos ao dos autos. Precedente deste Tribunal.

Trata-se do dano *in re ipsa*, ou seja, aqueles casos em que não há necessidade de comprovação da existência de qualquer abalo emocional para a configuração do dano moral. Este tipo de argumentação se encontra superado pelos novos ares da hermenêutica jurídica, visto que é inadmissível o reconhecimento da ocorrência de dano civil sem que sejam apresentados argumentos juridicamente aceitáveis para tanto.

O segundo argumento apresentado é o reconhecimento da existência de desrespeito ao direito à imagem do eleitor. Este posicionamento foi adotado no julgamento da Apelação Cível nº 1997.01.00.051670-7/BA[44]:

> A ré impediu o autor de exercer o seu direito político de votar e tal conduta comissiva fez com que o autor sofresse dano que repercutiu em sua imagem perante o meio social, pois passou a ser considerado como pessoa inabilitada para o exercício do direito do voto.

---

v. 24, n. 1, jan./dez. 2010. p. 10.

42 BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Responsabilidade civil do Estado. Alteração indevida de dados cadastrais junto à justiça eleitoral. Eleitor impedido de votar. Dano moral. Apelação/Reexame Necessário nº 5002626-67.2011.404.7114/RS. Apelante: União Federal. Apelada: Mariana Anton. Relator: Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Porto Alegre, 22 de fevereiro de 2013. Lex: Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região, Publicações judiciais, Porto Alegre, ano 10, n. 28, p. 307, fev. 2015

43 Este argumento foi utilizado em outros julgamentos, v. g. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Direito civil. Dano moral. Óbice ao exercício do voto. Indenização. Dimensionamento. *Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 88121-RS (1998.04.01.088121-1*. Embargante: União Federal. Embargado: Luiz Carlos Goulart de Miranda. Relator: Des. Federal Amaury Chaves de Athayde. Porto Alegre, RS, 12 de janeiro de 2001. DJ, 06.02.2002. Porto Alegre, 6 fev. 2002. p. 817-818, BOL 004/02-SPL.; BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Civil. Eleitor. Direito de voto. Transferência do título. Impedimento. Erro. Dano moral. Indenização devida. Apelação Cível nº 309201CE (2002.05.00.029290-3). Apelado: União Federal. Apelante: Francisco Lemuel Ajala Dourado. Relator: Des. Marcelo Navarro. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, Recife, n.147, p. 748, 02.ago. 2006.; BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Civil. Eleitor impedido de votar. Retenção do título. Homonímia. Dano moral. Apelação Cível nº 371917PB (2001.82.01.001523-3). Apelado: União Federal. Apelante: Marcio Brito Calixto. Relator: Des. Marcelo Navarro. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, Recife, n. 102, p. 1110, 30.05.2006.; e BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Danos morais. Cancelamento de título eleitoral por imputado falecimento de eleitor. Responsabilidade da administração. Fixação de indenização. Critérios. Apelação Cível nº 365680/RJ. Apelado: União Federal. Apelante: Marilene da Costa Machado. Relator: Des. Ricardo Regueira. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, Rio de Janeiro, 24.08.2006.

44 BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Responsabilidade civil. Indenização por dano moral. Responsabilidade do estado por dano moral. Responsabilidade do estado por ato administrativo da Justiça Eleitoral. Apelação Cível nº 51670 BA (1997.01.00.051670-7). Apelado: União Federal. Apelante: Ronaldo Vasconcelos Farias. Relator: Juiz Mário César Ribeiro. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, Salvador, p. 305. 18.06.1999.

Muito embora seja um direito de personalidade, a imagem não é o elemento atingido no presente caso. O impedimento de votar não causa constrangimento social nem macula a visibilidade social do eleitor. Não se trata, aqui, de discutir a ideia que o corpo social faz de uma determinada pessoa, ou a que ela faz de si mesmo, o que se pretende é preservar o direito que o cidadão tem de participar dos processos decisórios do Estado.

O terceiro argumento representa o conjunto mais numeroso de decisões e são aquelas que reconhecem a existência de danos de origem interna que causaram sofrimento ao eleitor tais como: decepção[45], dissabores[46], constrangimento[47], aborrecimentos[48] ou abalo emocional[49]. Este argumento é o mais comum em decorrência do convencional hábito de exigir-se a necessidade de uma lesão para que seja reconhecida a existência de um dano. Neste caso, o magistrado, sensível à existência da responsabilidade civil do Estado, acaba por reconhecer a presença de um dano intangível e imensurável, a fim de assegurar o direito do eleitor.

O quarto posicionamento é o consentâneo com a interpretação constitucional hodierna, reconhecendo o dano em decorrência do desrespeito a um direito fundamental. Este posicionamento vem sendo aplicado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região há alguns anos:

> Hipótese em que obstaculização da manifestação política sofrida pelo autor, consubstanciada no impedimento de exercício do voto, direito político constitucionalmente assegurado pela Carta Magna, indubitavelmente acarretou-lhe situação de constrangimento e abalo emocional, mormente por tratar-se de "cabo eleitoral" de um dos candidatos, o que por si só enfatiza o seu interesse na participação de atividades vinculadas à política.[50]

45 "[...] *In casu*, há indícios de que houve falha no processamento dos pedidos de transferências dos títulos dos demandantes pela Justiça Eleitoral, apesar de não ter ocorrido constrangimento aos autores, mas levando-se em conta a decepção que lhes causou não exercitarem, naquele escrutínio, o direito de votar, entendo justa a manutenção da indenização fixada no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) para cada autor [...]". (BRASIL. Tribunal Regional Federal da (5. Região). Civil e administrativo. Reparação por danos morais. Transferência de eleitor que não se completou a tempo. Indenização. Apelação Cível nº 420629 PB. Apelado: União Federal. Apelante: José Deusmar Alves Sarmento e cônjuge. Relator: Des. José Maria Lucena. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, Recife, 28 jul. 2010.)

46 "[...] Apesar dos dissabores causados à autora, inexiste justificativa para o arbitramento de montante astronômico, mormente porque não restaram evidenciadas outras consequências advindas nem quaisquer restrições relacionadas à sua vida pessoal ou profissional [...]". (BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Processual civil. Administrativo. Responsabilidade civil. Indenização por dano moral. Interesse recursal. Título de eleitor. Cancelamento por óbito. Conduta, dano e nexo causal presentes. Indenização fixada em valor razoável. Apelação Cível nº 1226383/SP. Apelado: União Federal. Apelante: Maria José Escandell. Relator: Desa. Consuelo Yoshida. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 24 maio 2013.)

47 "[...] Configuração de verdadeiro constrangimento e não de simples aborrecimento. Caracterização de **dano moral** [...]**"**. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da (5. Região). Administrativo. Título de eleitor. Erro. Digitação. TRE. Responsabilidade civil da União. Inteiro Teor. Apelação Cível nº 313735/RN (2001.84.00.000265-9). Apelado: União Federal. Apelante: Maria Bezerra de Melo. Relator: Des. Manuel Maia. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 01 jul. 2009.)

48 "[...] Há de se reconhecer os transtornos e aborrecimentos sofridos pelo Autor quando foi impedido de exercer o seu direito político de votar [...]". (BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Responsabilidade civil do Estado. Direito de voto. Impedimento. Transferência indevida de titulo de eleitor. Indenização por dano moral. Cabimento. Redução do quantum indenizatório. Apelação Cível nº 392277/RJ. Apelado: União Federal. Apelante: José Francisco da Silva Filho. Relator: Des. Sergio Schwaitzer. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 04 jul. 2007.)

49 "[...] Comprovado, desta forma, abalo emocional decorrente de tal impedimento. É necessário ter em mente que a indenização, a título de dano moral, consiste em compensar, através de benefício de ordem material, a dor moral, evidenciando-se, como no caso concreto, no constrangimento que afetou a sua dignidade, deixando de exercer o seu direito de cidadania [...]". (BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Processual civil. Pedido genérico. Danos morais. Cancelamento de título eleitoral. Falha da administração. Quantum da indenização. Razoabilidade. Juros de mora. Lei nº 11.960/2009. Honorários mantidos. Apelação Cível nº 536396/RJ. Apelado: União Federal. Apelante: Vera Lúcia da Silva Leite. Relator: Desa. Vera Lúcia Lima. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 12 dez. 2012.)

50 BRASIL. Tribunal Regional Federal da (4. Região). Administrativo. Civil. Responsabilidade civil. Eleições. Impossibilidade de votar. Dano moral. Indenização. Apelação Cível nº 1999.04.01.111704-3/RS. Apelado: União Federal. Apelante: Frederico

Contudo, ainda há a compreensão de que o dano por desrespeito aos direitos fundamentais é uma variedade de dano moral. Considerando que a decisão remonta há mais de uma década não há surpresa nisto, mas merece ser anotado o espírito precursor em realizar a associação entre o entrave ao exercício de direito constitucionalmente assegurado e a existência de dano extrapatrimonial.

O mesmo Tribunal anos depois aplicado o novo entendimento no julgamento da Apelação Cível nº 2005.71.10.006151-7/RS[51]**:**

> A soberania popular tem no sufrágio universal e no voto direto e secreto a sua forma de exercício. O direito ao voto é forma de manifestação da cidadania não podendo ser tolhido, exceto por fundados motivos, sob pena de gerar direito à indenização. O constrangimento ao qual é submetido aquele que se veja impedido de votar é atentatório à dignidade da pessoa humana.

É certo que todos os cidadãos, ou uma grande maioria, pretendem opinar no processo de escolha dos destinos do país através do seu voto, mas neste caso, o desejo da coletividade serve apenas para determinar vencedores e derrotados, mas é inservível para suplantar a liberdade de cada um dos eleitores.

Assim, o fato de o Estado, por desídia ou erro, excluir uma pessoa dessa possibilidade tem potencialidade lesiva individual, mesmo que o candidato de sua predileção logre êxito, visto que afronta o princípio da dignidade da pessoa humana de forma audaz.

5.2 ERRO ESTATAL E RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS PASSIVOS

O dano decorrente do impedimento do exercício do direito ao sufrágio pelo eleitor é apenas uma faceta da afronta aos direitos políticos. Existem outras hipóteses em que a omissão ou ação desmesurada do Estado pode redundar em danos mais profundos ao cidadão. Assim, é drástica a possibilidade de um indivíduo ficar desabilitado para concorrer a um cargo eletivo por não possuir quitação ou inscrição eleitoral, quando tal conclusão decorrer de uma inadequada análise do Estado.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região já deparou com um caso desta natureza, no julgamento da Apelação/Reexame Necessário nº 2009.84.01.000001-4/SE[52]:

Germano Haenssgen Filho. Relatora: Desa. Maria de Fátima Freitas Labarrère. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 04 out. 2000.

51 BRASIL. Tribunal Regional Federal da (4. Região). Ação indenizatória. Danos morais. Autor impedido de votar por suspensão do título de eleitor após a prestação do serviço militar. Apelação Cível nº 2005.71.10.006151-7/RS. Apelado: União Federal. Apelante: William Ferreira Pinto. Relatora: Desa. Vânia Hack de Almeida. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 08 ago. 2007.

52 BRASIL. Tribunal Regional Federal da (5. Região). Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Dano moral. Existência. Indenização devida. Eleitor impedido de votar ao argumento de estar morto. Equívoco reconhecido pela administração. Configuração do dano e do nexo de causalidade. Apelação Cível nº 437942/SE. Apelado: União Federal. Apelante: Djalma Andrade Santos. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator: Des. Frederico Pinto de Azevedo. Data da publicação *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, 19 maio 2011.

> O **dano** moral encontra-se configurado, uma vez que restou comprovado que o autor não pôde candidatar-se ao cargo de prefeito municipal, por ter tido seu título eleitoral cancelado por erro do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe.

Neste caso, não subsiste apenas o dever de indenizar pelo desrespeito crasso a um direito fundamental, mas igualmente o dever compensatório por conta da perda de uma chance, caracterizada pela impossibilidade de apresentar-se como opção eleitoral para a coletividade de uma determinada circunscrição eleitoral.

Em outra vertente, também há erro estatal quando o candidato tem seu registro efetivado com número diverso daquele que foi solicitado em seu pedido de registro de candidatura e acaba realizando toda a campanha com o número equivocado o que torna impossível o cômputo de seus votos. Decisão evidenciada no julgamento da Apelação Cível nº 2001.43.00.000992-0/TO[53]:

> É reconhecida a responsabilidade civil da União, a determinar condenação para pagamento de indenização para reparação de dano moral, decorrente de frustração e abalo psicológico, por não ter concorrido em pleito eleitoral em igualdade de condições com outros candidatos, em virtude de erro no registro do número da candidatura na Justiça Eleitoral.

Na hipótese, o exercício dos direitos políticos passivos foi afetado em cheio pelo erro estatal. Sem o número correto, o candidato ficou impedido de saber quantos votos conseguira amealhar e, consequentemente, de conseguir o êxito eleitoral.

Nos dois casos há que se sublinhar que a aceitabilidade do nome dos candidatos perante o eleitorado, a real possibilidade de vitória ou de modificação do pleito no município são indiferentes para a caracterização do dano. O que se analisa claramente é a destruição de um desejo acalentado pelos cidadãos realizado através do impedimento do regular exercício de um direito fundamental.

5.3 ATUAÇÃO PARTIDÁRIA E RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS PASSIVOS

Como mencionado anteriormente, é indiscutível, na atualidade, que as regras relacionadas ao exercício dos direitos fundamentais são perfeitamente oponíveis entre particulares.

A história eleitoral brasileira é pródiga em episódios de violência e fraude em que o desejo dos eleitores foi corrompido. O uso da força física, de ameaças e da privação de liberdade foi bastante utilizado por determinados grupos políticos para garantir a sua própria perpetuação no poder.

De outro modo, entrementes, é improvável a existência de casos, fora da esfera criminal, em que particulares criem obstáculos ao exercício dos direitos políticos ativos por qualquer pessoa. Na esfera dos direitos políticos passivos, entretanto, as coisas mudam de aspecto.

53 BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Constitucional e administrativo. Registro de candidato. Número diverso do indicado. Erro imputável à justiça eleitoral. Dano moral caracterizado. Apelação Cível nº 2001.43.00.000992-0/TO. Apelado: União Federal. Apelante: José Isaias de Oliveira Filho. Relator: Juiz Rodrigo Navarro de Oliveira. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 27 jul. 2011.

Existem hipóteses em que o exercício dos direitos políticos passivos pode ser tolhido pela atuação de particulares, por exemplo, quando o partido político ou coligação deixa de efetuar o registro de candidatura de indivíduo escolhido em convenção ou quando o exclui candidato do rol dos concorrentes, sem consultá-lo, a fim de respeitar a proporção legal de concorrentes por sexo.

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou um julgamento desta natureza, quando decidiu o Recurso Especial nº 872.019MG[54]:

> Quem, à base de informação falsa de delegado de partido político, supõe estar registrado como candidato ao pleito eleitoral, e passa a promover a respectiva campanha, sofre dano moral extenso, ante a notícia de que o partido político não levou a efeito o registro de sua candidatura, a despeito da decisão da convenção municipal.

Embora não tenha discutido o mérito da existência ou não do dano, por tratar-se de Corte Especial, o Superior Tribunal de Justiça reafirma indiretamente a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações estabelecidas entre particulares no momento em reconhece o dever de indenização do partido político pelo dano moral gerado ao candidato.

A decisão segue, portanto, a mesma lógica dos julgados referentes às limitações indevidas ao exercício dos direitos políticos ativos referidas anteriormente.

5.4 ATUAÇÃO PARTIDÁRIA E RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS PASSIVOS POR MULHERES

Depois de afiançar a existência de um dano decorrente do desrespeito ao exercício dos direitos políticos passivos genericamente considerados, persiste a necessidade de especificar o tema atingindo unicamente as candidaturas femininas? A resposta a este questionamento pode gerar dúvidas conforme o interlocutor. Esse fato por si só é inquietante.

No Brasil, em que pese as constantes intervenções legislativas com o objetivo de estimular e resguardar a participação política feminina, ainda há uma inegável dessimetria entre o tratamento dos candidatos dentro dos partidos e coligações, baseada, unicamente, no sexo do concorrente.

Essa realidade é tão evidente que foi necessária uma atuação ativa da norma para tentar equilibrar a participação política de homens e mulheres. A partir de 1995 foram introduzidas, no ordenamento jurídico brasileiro, normas que objetivavam resguardar quotas femininas dentre os candidatos registrados.

A Lei nº 9.100/95 resguardou 20% destas vagas às mulheres, sendo seguida pela Lei nº 9.605/97, que aumentou o valor para 30%. Contudo, nos dois casos a reserva era puramente abstrata, não exigindo que as vagas fossem obrigatoriamente preenchidas por candidatas. Em outras palavras:

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Responsabilidade civil. Recurso Especial nº 872.019/MG (2006/0129279-7). Acórdão. Inteiro Teor. Recorrente e Recorrido: Eduardo Belli Pereira de Souza. Recorrente e Recorrido: Partido da Social Democracia Brasileira. Relator: Min. Ari Parglender. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 26 mar. 2008.

> [...] passou-se a considerar que bastaria ao partido/coligação reservar um percentual de 30% por gênero, que poderia ou não ser preenchido, sem qualquer sanção cabível. É dizer, se os partidos/coligações poderiam apresentar candidatos em quantidade referente a até 150% das cadeiras em disputa, caso não obtivessem 30% de candidatas mulheres, bastava não apresentar o total das candidaturas permitidas pela norma. Poderiam, portanto, apresentar até 120% das vagas com candidatos homens.[55]

Apenas em 2009, foi introduzido dispositivo legal que exigia o preenchimento formal e material de 30% das vagas por candidatas. A quantidade de mulheres registradas passou a ser a informação essencial para determinar o quantitativo total de candidatos a serem registrados em cada chapa.

O registro do quantitativo mínimo de mulheres dentre os candidatos é tratado como diretriz de primeira ordem cujo desrespeito pode acarretar consequências graves à totalidade dos concorrentes.

> Ou seja, pode-se afirmar com certeza, a partir da redação desse artigo, que em qualquer processo de registro de candidaturas no pleito proporcional, hodiernamente, haverá, pena de indeferimento do próprio DRAP, que ser obedecidos pelo partido ou coligação os limites mínimo e máximo para cada sexo. Dizendo de outra forma, a cota de gênero nas candidaturas proporcionais passou a constituir uma condição coletiva de elegibilidade; caso contrário, o DRAP deverá ser submetido ou a uma determinação de emenda para que o número de candidatos - irrelevante se do sexo feminino ou do sexo masculino - seja ajustado, ou ao seu integral indeferimento.[56]

As seguidas investidas contra as candidaturas femininas realizadas por partidos políticos e coligações, criando um ambiente de diferenciação entre candidatos de um mesmo grupo político, configuram clara afronta ao direito de sufrágio passivo das mulheres.

A Justiça Eleitoral já demonstrou em mais de uma oportunidade, especificamente durante o julgamento de processos referentes às Eleições Gerais de 2018, que pretende agir com protagonismo para assegurar o respeito à *mens legis* estimulando ao máximo a participação política das mulheres.

Exemplo dessa postura ativista pode ser colhido da publicação da Resolução TSE nº 23.575/2018, que, alterando a Resolução TSE nº 23.553/2017, estabeleceu que os partidos políticos devem destinar ao menos 30% dos gastos totais em propaganda eleitoral para as candidaturas femininas. A modificação nasceu de Consulta formulada por deputadas e senadoras acerca da reserva mínima de recursos financeiros e tempo de propaganda para mulheres.

55 SILVA, Adriana Campos; SANTOS, Polianna Pereira dos. Participação política feminina e a regulamentação legal das cotas de gênero no Brasil: breve análise das eleições havidas entre 1990 e 2014. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., Brasília-DF. Anais... Teorias da democracia e direitos políticos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. , p. 440.

56 MACEDO, Elaine Harzheim. A cota de gênero no processo eleitoral como ação afirmativa na concretização de direitos fundamentais políticos: tratamento legislativo e jurisdicional. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 41, p. 214, 2014.

A mesma Consulta levou o Tribunal Superior Eleitoral a reconhecer a necessidade de destinação de um percentual mínimo da propaganda eleitoral para as candidatos a despeito de a norma não estabelecer claramente tal obrigação.

> No tocante ao tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, consabido não haver disposição normativa expressa que balize a sua distribuição em termos de percentual de gênero. A despeito disso, a carência de regramento normativo que imponha a observância dos patamares mínimos previstos no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 à distribuição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão não obstaculiza interpretação extraída a partir de preceitos constitucionais que viabilizem a sua implementação.[57]

Nesse ponto, emerge clara função ativista da Corte Eleitoral com objetivo de eliminar diferenças indevidamente criadas entre os componentes de um mesmo grupamento de candidatos, buscando criar uma isonomia real entre os contendores. Estes são passos iniciais que começam a apresentar resultados, mas o percurso rumo à igualdade plena entre candidatos e candidatas ainda é longo e tortuoso.

O somatório dessas realidades forma um quadro inicial suficientemente nítido das hipóteses de desrespeito aos direitos políticos passivos de mulheres que possuem aptidão a gerar a compensação monetária pelas legendas partidárias ou coligações. Seriam os casos de candidatas irregularmente registradas (sem o livre esclarecimento e consentimento), candidatas que não usufruíram do tempo de propaganda eleitoral e dos recursos partidários destinados ao financiamento das campanhas e até candidatas que forma excluídas involuntariamente da disputa após a formalização do pedido de registro de candidatura.

Todos estas hipóteses ferem de morte os pilares básicos do exercício dos direitos políticos e, de modo mais profundo, atingem a dignidade feminina, vez que acabam reduzindo as mulheres à condição de coadjuvantes obrigatórias do processo eleitoral e minando sua possibilidade de êxito na disputa.

A fixação de indenizações compensatórias nestas hipóteses não seria uma inovação no cenário jurídico brasileiro, como visto alhures, mas apenas uma adequação hermenêutica que dotará de eficácia social plena a norma eleitoral, gerando um enorme efeito pedagógico nas agremiações e estimulando efetivamente a participação política feminina.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do direito privado é um processo sem retorno e atende às diretrizes do pós-positivismo com sucesso. Da adaptação de princípios de direito público para o âmbito do direito privado, acaba-se por sepultar a dicotomia entre estes dois grandes ramos da Ciência Jurídica e criar uma relação simbiótica

57 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000/DF. Senadoras e Deputadas Federais. Incentivo à participação feminina na política.Distribuição dos recursos do fundo especial de financiamento de campanha (FEFC) e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na tv. Proporcionalidade. Art.10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997. Mínimo legal de 30% de candidaturas por gênero. Aplicabilidade. Fundamentos. ADI 5617. STF.Eficácia transcendente. papel institucional da Justiça Eleitoral. Protagonismo. Práticas afirmativas. Fortalecimento. Democracia interna dos partidos. Quesitos respondidos afirmativamente. Consulente: Vanessa Grazziotin e outras. Relatora: Ministra rosa Weber. Data de julgamento: 22/05/2018.

salutar entre ambos. Da evolução natural, decorre, também, o reconhecimento da oposição de direitos fundamentais até mesmo nas relações entre particulares.

A responsabilidade civil foi especialmente afetada por estas modificações e teve de submeter-se ao *Zeitgeist*. Uma importante constatação disto é a amplificação do rol de danos à pessoa que possui natureza extrapatrimonial, fugindo do conjunto unitário formado apenas pelo dano moral. Nesta nova realidade emerge com força o reconhecimento de danos oriundos do descumprimento de direitos fundamentais, seja pelo Estado, seja pelos próprios particulares.

Nesta senda, a análise da jurisprudência brasileira aponta para o reconhecimento da existência de danos extrapatrimoniais decorrentes do desrespeito aos direitos políticos (seja em decorrência da ação do Estado, seja pela ação de particulares). O amadurecimento dos posicionamentos judiciais para que os argumentos utilizados como lastro das decisões sejam juridicamente coerentes e consentâneos com a contemporânea compreensão da responsabilidade civil servirá para abrir uma janela de oportunidades.

Assim, é de se assentar que o reconhecimento da existência de danos à pessoa em decorrência do desrespeito aos direitos fundamentais afasta a necessidade de comprovação do prejuízo a ser indenizado. O dano é autoevidente, ou seja, trata-se de dano *in re ipsa*. No caso específico dos danos gerados às candidaturas femininas, não cabe, portanto, à candidata que foi preterida por seu partido ou coligação comprovar que tal comportamento trouxe prejuízos para a sua campanha.

Um dos grandes desafios contemporâneos da democracia brasileira é a consolidação e incremento da participação política feminina, notadamente, com o aumento efetivo de mulheres eleitas para cargos públicos. As alternativas legislativas adotadas até aqui não produziram resultados significativos, mas o Judiciário tem, pontualmente, produzido importantes decisões que buscam dar concretude a esta diretriz.

Nessa senda, o reconhecimento da responsabilidade civil dos partidos e coligações por desrespeito ao direito de sufrágio passivo das candidatas é um passo importante na formatação de iniciativas que valorizem a participação política feminina e, concomitantemente, coíba condutas que dificultem o incremento de tal participação.

Na realidade concreta, o efetivo pagamento de indenizações, ainda que simbólicas, para mulheres que foram indevidamente tolhidas nos seus direitos políticos ativos, têm efeito pedagógico bastante superior aos processos de cassação de mandatos, tendo em vista que abrem importante janela para a definitiva incorporação da força feminina nas hostes partidárias.

REFERÊNCIAS

AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. Constitucionalização do direito civil e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais às relações privadas. *Direitos fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 13, p. 141-162, out./dez. 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Vida líquida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 33, p. 5-17, ago. 1994.

BOLESINA, Iuri; SCHROEDER Helena Carolina. A "limitação" voluntária dos direitos da personalidade no Direito Civil contemporâneo. In: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2016, Santa Cruz do Sul. *Anais eletrônicos...* Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/issue/view/71>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Responsabilidade civil. Recurso Especial nº 872.019/MG (2006/0129279-7). Acórdão. Inteiro Teor. Recorrente e Recorrido: Eduardo Belli Pereira de Souza. Recorrente e Recorrido: Partido da Social Democracia Brasileira. Relator: Min. Ari Parglender. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 26 mar. 2008.

_____. Tribunal Regional Federal (1. Região). Constitucional e administrativo. Registro de candidato. Número diverso do indicado. Erro imputável à justiça eleitoral. Dano moral caracterizado. Apelação Cível nº 2001.43.00.000992-0/TO. Apelado: União Federal. Apelante: José Isaias de Oliveira Filho. Relator: Juiz Rodrigo Navarro de Oliveira. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 27 jul. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal (1. Região). Responsabilidade civil. Indenização por dano moral. Responsabilidade do estado por dano moral. Responsabilidade do estado por ato administrativo da Justiça Eleitoral. Apelação Cível nº 51670/BA (1997.01.00.051670-7). Apelado: União Federal. Apelante: Ronaldo Vasconcelos Farias. Relator: Juiz Mário César Ribeiro. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, p. 305. 18 jun. 1999.

_____. Tribunal Regional Federal (2. Região). Danos morais. Cancelamento de título eleitoral por imputado falecimento de eleitor. Responsabilidade da administração. Fixação de indenização. Critérios. Apelação Cível nº 365680/RJ. Apelado: União Federal. Apelante: Marilene da Costa Machado. Relator: Des. Ricardo Regueira. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 24 ago. 2006.

_____. Tribunal Regional Federal (2. Região). Processual civil. Pedido genérico. Danos morais. Cancelamento de título eleitoral. Falha da administração. Quantum da indenização. Razoabilidade. Juros de mora. Lei nº 11.960/2009. Honorários mantidos. Apelação Cível nº 536396/RJ. Apelado: União Federal. Apelante: Vera Lúcia da Silva Leite. Relator: Desa. Vera Lúcia Lima. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 12 dez. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal (2. Região). Responsabilidade civil do Estado. Direito de voto. Impedimento. Transferência indevida de titulo de eleitor. Indenização por dano moral. Cabimento. Redução do quantum indenizatório. Apelação Cível nº 392277/RJ. Apelado: União Federal. Apelante: José Francisco da Silva Filho. Relator: Des. Sergio Schwaitzer. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 04 jul. 2007.

_____. Tribunal Regional Federal (3. Região). Processual civil. Administrativo. Responsabilidade civil. Indenização por dano moral. Interesse recursal. Título de eleitor. Cancelamento por óbito. Conduta, dano e nexo causal presentes. Indenização fixada em valor razoável. Apelação Cível nº 1226383/SP. Apelado: União Federal. Apelante: Maria José Escandell. Relator: Desa. Consuelo Yoshida. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 24 maio 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da (4. Região). Ação indenizatória. Danos morais. Autor impedido de votar por suspensão do título de eleitor após a prestação do serviço militar. Apelação Cível nº 2005.71.10.006151-7/RS. Apelado: União Federal. Apelante: William Ferreira Pinto. Relatora: Desa. Vânia Hack de Almeida. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 08 ago. 2007.

_____. Tribunal Regional Federal da (4. Região). Administrativo. Civil. Responsabilidade civil. Eleições. Impossibilidade de votar. Dano moral. Indenização. Apelação Cível nº 1999.04.01.111704-3/RS. Apelado: União Federal. Apelante: Frederico Germano Haenssgen Filho. Relatora: Desa. Maria de Fátima Freitas Labarrère. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 04 out. 2000.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). Direito civil. Dano moral. Óbice ao exercício do voto. Indenização. Dimensionamento. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 88121 RS (1998.04.01.088121-1). Embargante: União Federal. Embargado: Luiz Carlos Goulart de Miranda. Relator: Des. Federal Amaury Chaves de Athayde. Porto Alegre, RS, 12 de janeiro de 2001. DJ, 06.02.2002. Porto Alegre, 6 fev. 2002. p. 817-818, BOL 004/02-

SPL. Disponível em: <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1136177/embargos-infringentes-na-apelacao-civel-eiac-88121>.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). Responsabilidade civil do Estado. Alteração indevida de dados cadastrais junto à justiça eleitoral. Eleitor impedido de votar. Dano moral. Apelação/Reexame Necessário nº 5002626-67.2011.404.7114/RS. Apelante: União Federal. Apelada: Mariana Anton. Relator: Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Porto Alegre, 22 de fevereiro de 2013. *Lex*: Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região, Publicações judiciais, Porto Alegre, ano 10, n. 28, p. 307, fev. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da (5. Região). Administrativo. Título de eleitor. Erro. Digitação. TRE. Responsabilidade civil da União. Inteiro Teor. Apelação Cível nº 313735/RN (2001.84.00.000265-9). Apelado: União Federal. Apelante: Maria

Bezerra de Melo. Relator: Des. Manuel Maia. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, 01 jul. 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da (5. Região). Civil e administrativo. Reparação por danos morais. Transferência de eleitor que não se completou a tempo. Indenização. Apelação Cível nº 420629 PB. Apelado: União Federal. Apelante: José Deusmar Alves Sarmento e cônjuge. Relator: Des. José Maria Lucena. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, Recife, 28 jul. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal (5. Região). Civil. Eleitor. Direito de voto. Transferência do título. Impedimento. Erro. Dano moral. Indenização devida. Apelação Cível nº 309201 CE (2002.05.00.029290-3). Apelado: União Federal. Apelante: Francisco Lemuel Ajala Dourado. Relator: Des. Marcelo Navarro. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, Recife, n.147, p. 748, 02 ago. 2006.

_____. Tribunal Regional Federal (5. Região). Civil. Eleitor impedido de votar. Retenção do título. Homonímia. Dano moral. Apelação Cível nº 371917 PB (2001.82.01.001523-3). Apelado: União Federal. Apelante: Marcio Brito Calixto. Relator: Des. Marcelo Navarro. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, Recife, n. 102, p. 1110, 30 maio 2006.

_____. Tribunal Regional Federal da (5. Região). Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Dano moral. Existência. Indenização devida. Eleitor impedido de votar ao argumento de estar morto. Equívoco reconhecido pela administração. Configuração do dano e do nexo de causalidade. Apelação Cível nº 437942/SE. Apelado: União Federal. Apelante: Djalma Andrade Santos. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator: Des. Frederico Pinto de Azevedo. Data da publicação *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, 19 maio 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000/DF. Senadoras e Deputadas Federais. Incentivo à participação feminina na política. distribuição dos recursos do fundo especial de financiamento de campanha (FEFC) e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na tv. Proporcionalidade. art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504 /1997. Mínimo legal de 30% de candidaturas por gênero. Aplicabilidade. Fundamentos. ADI 5617. STF. Eficácia transcendente. Papel institucional da Justiça Eleitoral. Protagonismo. Práticas afirmativas. Fortalecimento. Democracia interna dos partidos. Quesitos respondidos afirmativamente.. Consulente: Vanessa Grazziotin e outras. Relatora: Ministra Rosa Weber.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 1-49.2013.6.18.0024 - Classe 32/PI. Acórdão. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Corrupção. Fraude. Coeficiente de gênero. Recorrente(s): Coligação Vitória que o povo quer e outros. Recorrido(s): Roberval Sinval de Moura Carvalho e outros. Relator: Min. Henrique Neves. José de Freitas, 21 de outubro de 2015. *Lex:* Revista de jurisprudência do TSE, Brasília-DF, v. 26, n. 4, p. 102-120, out./dez. 2015.

_____ Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000/DF. Senadoras e Deputadas Federais. Incentivo à participação feminina na política.

Distribuição dos recursos do fundo especial de financiamento de campanha (FEFC) e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na tv. Proporcionalidade. Art.10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997. Mínimo legal de 30% de candidaturas por gênero. Aplicabilidade. Fundamentos. ADI 5617. STF.Eficácia transcendente. papel institucional da Justiça Eleitoral. Protagonismo. Práticas afirmativas. Fortalecimento. Democracia interna dos partidos. Quesitos respondidos afirmativamente. Consulente: Vanessa Grazziotin e outras. Relatora: Ministra rosa Weber. Data de julgamento: 22/05/2018.

BUENO, Emma Roberta Palu; COSTA, Tailaine Cristina. Meu pé de cota laranja: a Justiça Eleitoral e o seu papel na garantia da efetivação da participação da mulher na política. In: SALGADO, Eneida Desiree; et.al. *Mulheres por mulheres:* memórias do I Encontro de pesquisa por/de/sobre mulheres. Porto Alegre: Fi, 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa na perspectiva da repersonalização do direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

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

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Tratado de Direito Eleitoral: Direito Material Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. *Direitos políticos fundamentais e sua suspensão por condenações criminais e por improbidade administrativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

FACHIN, Luis Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANÇA, Edilson Alves de. Responsabilidade objetiva: das discussões teóricas ao direito eleitoral. *Revista Eleitoral*, Natal, v. 24, n. 1, jan./dez. 2010.

GOEDERT, Rubia Carla; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A constitucionalização do direito privado, os direitos fundamentais e a vinculação dos particulares. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 12, n. 2, p. 463-479, jul./dez. 2012.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hanna Arendt. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 55-65, maio/ago. 1997.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MACEDO, Elaine Harzheim. A cota de gênero no processo eleitoral como ação afirmativa na concretização de direitos fundamentais políticos: tratamento legislativo e jurisdicional. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 41, p. 205-243, 2014.

MASCHIO, Jane Justina. Eficácia/ineficácia do sistema de cotas para as mulheres. *Resenha Eleitoral:* Nova Série, Florianópolis, v. 10, n. 1, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impressas/integra/2012/06/eficaciaineficacia-do-sistema-de-cotas-para-as-mulheres/indexecf1.html?no_cache=1&cHash=41fd54251934e987a6a5aab11920f90c >.

MENEZES, Lená Medeiros de. Feminismo(s): reflexões sobre silêncios, resistências e descontinuidades. In: MAGALHÃES, Lívia. *Lugar de mulher*: feminismo e política no Brasil. Rio de Janeiro: Oficina, 2017.

MIRANDA, Daniel Gomes de. Modos de constitucionalização do direito privado. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17. 2008, Brasília, DF. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 6.662-6.679.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil*: do Império aos dias atuais. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

_____. *História do voto no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa; GUIMARÃES, Helimar Fialho. A constitucionalização do direito civil e seus reflexos na responsabilidade civil. *Revista de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-10, jan./jun. 2012.

PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Roco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito*: PUC Minas Serro, Serro, n. 6, p. 55-94, 2012.

QUEIRÓZ, Maria Isaura Pereira de. *O mandonismo local na vida política brasileira e outros ensaios*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976.

QUINTELA, Débora Françolin; DIAS, Joelson. Participação política das mulheres no Brasil: das cotas de candidatura à efetiva paridade na representação. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI: Teorias da Democracia e Direitos Políticos. 25., 2016, Brasília-DF. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 191-211.

REIS, Márlon Jacinto. *O gigante acordado*: manifestações, Ficha Limpa e reforma política. São Paulo: Leya, 2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Por uma nova dogmática para o Direito Privado: Direito Privado e a noção funcional dos contratos empresariais. In: CONGRESSO NACIONAL

DO CONPEDI, 16., 2008, Belo Horizonte. *Anais*... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 2.879-2.898.

SETTI, Maria Estela Leite Gomes. O princípio da função social do contrato: conteúdo, alcance e a análise econômica do Direito. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19. 2010, Fortaleza. *Anais*... Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010. p. 416-428.

SILVA, Adriana Campos; SANTOS, Polianna Pereira dos. Participação política feminina e a regulamentação legal das cotas de gênero no Brasil: breve análise das eleições havidas entre 1990 e 2014. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., Brasília-DF. *Anais...* Teorias da democracia e direitos políticos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 427-448.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política & Teoria do Estado*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOSCANO, Moema. A mulher na política. In: TABAK, Fanny; TOSCANO, Moema. *Mulher & política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

Artigos submetidos ao *double blind review*

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Memória

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA
DO VOTO E DO MODO DE VOTAR *

Joaquim Francisco de Assis Brasil **

CAPÍTULO I

FUNDAMENTO DO VOTO

D'entre as ideias de mais commum e diaria applicação, a proposito de qualquer incidente da vida individual, ou social, nenhuma se repete mais do que a ideia de liberdade. Apezar d'isso, é raro que o criterio popular a empregue com precisão e propriedade. O publico, em geral, e cada um de nós, que o compomos, confundimos vulgarmente liberdade com commodidade. O individuo que soffre qualquer exigencia do poder constituido grita logo que attentam contra a sua liberdade, e não se queixa de que Ella não exista, emquanto o deixam em casa socegado. O povo que atravessa quadra tranquilla e prospera reputa-se gosando de um regimen de liberdade, e considera-se presa de tyrannia o que se debate em agitações intestinas.

A liberdade não é, porém, a commodidade, e póde existir sem Ella, bem que seja preferivel possui-las a ambas conjuctamente. O bom senso do fabulista Lafontaine mostrou na situação do cão domestico, forte e satisfeito, comparada á do lobo selvagem, faminto e vagabundo, que esta distincção, se não é feita pelo commum dos espiritos, é, pelo menos, bem antiga. O cão de guarda, marcado pelo estygma da colleira, que lhe pellára o toutiço, não era livre, apesar de viver muito ao seu commodo. Era-o, porém, o animal silvestre, embora torturado pelas mil necessidades á que tinha de dar provimento com o seu exclusivo esforço. Quantas analogias da maior exactidão se podem tirar d'esse exemplo para a situação das nações.

A liberdade, no individuo, ou no povo, consiste na autonomia com que se opéra a evolução de cada ser. Ella deve, por

* Livro I da obra "Democracia Representativa": Introdução: A democracia de o voto, publicada em 1893. Para preservar a originalidade do texto, a grafia das palavras foi mantida conforme as regras da língua portuguesa vigentes no Brasil em 1893.

**Advogado, político, orador, escritor, poeta, prosador, diplomata e estadista brasileiro. Foi fundador do Partido Libertador, deputado e membro da junta governativa gaúcha de 1891.

isso mesmo, occasionar, pelo menos no periodo em que a evolução é menos normal, mais tribulações e dores do que prazeres. Se é licito buscar um símile na mais intima historia de todos nós, recordemos quanto é plácida e tranquilla a existência do infante, emquanto nenhuma liberdade lhe é reconhecida; quanto se vai agitando, ao approximar-se da adolescência e virilidade; quão tormentosa e difficil nos primeiros tempos da emancipação; para serenar depois, sómente quando as conquistas do trabalho e da experiencia têm dado apoio solido ao definitivo periodo de normalidade da vida! O que se passa com o individuo dá-se tambem com os povos. A ninguem deve maravilhar, pois, que se affirme que em todos os tempos houve povos que se regeram livremente, isto é, cuja evolução realisava-se influindo elles sós em seus próprios destinos, emquanto outros viveram debaixo do jugo, duro ou benigno, de um ou mais chefes despoticos. Os primeiros foram povos democraticos , e as instituições que elles tiveram, desenvolvendo-se perennemente, affeiçoando-se ás condições dos tempos que atravessaram, são as mesmas que vigoram entre os povos livres da nossa actual civilisação.

Eu chamo *Democracia* ao facto de tomar um povo parte effectiva no estabelecimento das leis que a obedece e na nomeação dos funccionarios que têm de executal-as e de administrar o interesse publico.

O consenso geral da nossa epocha e civilisação está com a doutrina democratica. Nem todos, porém, acceitam a palavra. Mas é claro que pouca importância encerra essa divergencia na denominação, desde que a cousa a que Ella corresponde é, não sómente acceita, mas até practicada universalmente. Em geral, um só espirito domina uma epocha. Os homens dividem-se, na maioria dos casos, por formalidades. Mas o respeito a taes formalidades é um sentimento muito enérgico e só por si bastante para produzir profundas scisões na humanidade; Haja vista ás disputas religiosas a proposito de cousas materiaes e Moraes em apparencia, e mesmo realmente, as mais fúteis. Guerras mortiferas, crises de séculos tiveram por causa occasional, em algumas religiões, o simples modo de entender uma phrase dos respectivos livros sagrados ou bíblias. Entre nós e em alguns outros povos não tem outra explicação o verdadeiro horros que a palavra democracia inspira a um limitado grupo de pensadores. São excessos que devem ser levados á conta do espirito de seita, sempre intolerante, sempre inclinado a questionar por palavras, ás quase o fanatismo, a que nenhuma

conseguiu jamais escapar, empresta importância substancial. O fanatismo, especialmente nas seitas insipientes, é capas de perturbar as intelligencias mais serenas. O próprio Christo, sempre tão esclarecido e superior no criterio com que julgava as debilidades humanas, teve um dia o seu arranco de fanática indignação, sorprehendendo a vergalhadas pobres homens que, segundo os costumes da epocha, tranquillamente vendiam as suas mercadorias no templo de Israel. Mas, seja como for, e apezar de quaesquer anathemas que contra a democracia se vibrem, é facto positivo que as nações livres do nosso tempo revelam todas, por signaes evidentes, índole democrática. Por toda parte o povo é chamado a influir na constituição dos orgams do governo e administração; por toda parte perdenm terreno os últimos laivo de dominação pessoal e os proprios individuos que se levantam para repellir a palavra democracia, não raro são os primeiros em reclamar contra as intrusões do despotismo e em favor da liberdade.

O povo, com mais ou menos perfeição, governa-se a si mesmo. A democracia, porém, não opéra hoje como entre os povos primitivos a que acima fiz allusão. Uma regra facilmente verificável na observação dos factos sociaes é a de que – as instituições são tanto mais simples, isto é, menos complexas, quanto mais rudimentar é o organismo a que ellas presidem, e inversamente, vão revestindo crescente complexidade na razão directa dos progressos que nesse organismo se realisam. A democracia moderna é sem duvida o desdobramento da antiga, mas as apparencias de ambas são tão divergentes entre si como as da semente das da arvore robusta em que se transformou. Em outro tempo, os povos reuniam-se e decidiam directa e soberanamente do governo e administração da republica. Costumam dizer que a democracia estava então no seu estado puro. Eu penso que haveria mais propriedade em dizer que ella atravessava o seu periodo rudimentar. Taes practicas tornaram-se hoje impossiveis, não tanto pelas difficuldades materiaes, aliás muito sérias, da reunião de grandes nações em assembleias deliberativas; mas especialmente pela situação do próprio organismo politico e social, muito mais adiantado, muito mais complexo, e, por isso, exigindo outros meios de manifestação, a que não satisfaz a summaria simplicidade das antigas republicas[3].

3 M. Alfred Naquet (o celebre homem publico francez, auctor do precioso livro, tão conhecido no Brasil – *La Républiqye Radicale*, e de outros não menos notaveis) honrando-me um dia com a sua companhia em minha casa, em Paris, fez-me muitas observações sobre as ideias da *Democracia Representativa*, cuja edição hespanhola acabava de ler, todas acompanhadas de benevolas e animadoras expressões para mim. D'essas observações, algu-

Ahi encontra seu nascimento e explicação o systema representativo, que toda a civilisação a que pertencemos practica. Haveria nessa transformação algum prejuízo para a verdade, ou para a legitimade do governo dos povos por si mesmos? Póde-se resolutamente affirmar – que não. Tudo quanto é exigido pela natureza das cousas é verdadeiro e legitimo. Os povos livres actuaes tem mais vantagens em ser representados do que em comparecer. Além de que o governo do plebiscito não é o mais sabio, deve-se ainda considerar que os males materiaes e Moraes provenientes do comparecimento directo seriam muito superiores á theorica probabilidade de mais legitima deliberação.

E' preciso, pois, que o povo seja representado, e essa representação só se póde fazer por meio do voto, ou *suffragio*.

---

mas me parece que interessarão ao leitor, como a relativa ao governo directo, que vou referir, procurando reproduzir as próprias palavras de M. Naquet e as da resposta que com o maior respeito lhe oppuz:

"Creio que estaes enganado, quando pensaes que os povos não se encaminham para um regimen de *governo directo*. A suissa, a mais completa das democracia, e, plebiscito,isto é, a interveção directa do povo, estabelecido na Constituição, como um meio ordinário de actividade governativa. Parece que o povo somente deve delegar aquellas funcções para as quaes não tem capcidade, o que quer dizer que, á medida que for ganhando tal capacidade, menos terá que delegar. A *representação*, pois, irá perdendo importancia na razão do adiantamento popular; o que equivale a dizer que o intimo termo da evolução ha-de-ser o *governo directo*."

Resposta: -" Ha uma confusão fundamental na vossa observação relativa á Suissa: o plebiscito não está instituido como instrumento do governo, mas de *legiferação*. O governo suisso repousa exclusivamente sobre a base do systema representativo. E, ainda como instrumento legislativo, o plebiscito só apparece como sancção do que já foi deliberado pelos *representantes*. O voto plebiscitario não faz leis; acceita ou recusa as que foram feitas pelo poder legislativo, que é representativo. Por conseguinte, *não ha na Suissa governo directo, nem legislação directa*.Mas, apesar de não ter a importancia que parece, o plebiscito é combatido por muitos homens eminentes da Suissa, á frente dos quaes está M. Ernest Naville, reconhecida autoridade nestes assumptos. M. Naville explica a existência do plebiscito pela imperfeição das leis eleitoraes que têm vigorado na Confederação, segundo as quaes a maioria dos representantes não corresponde muitas vezes á maioria da opinião, vicio que em meu livro se acha claramente demonstrado. Pensa entretanto, M. Naville, como Boileau, que – *souvent La peur d'um mal nous conduit dasn um pire*, - e que é preciso estabelecer-se na Suissa o systema da verdadeira representação e acabar com o plebiscito.

"Ao que dizeis sobre o aperfeiçoamento popular, vos responde o nosso mestre Ch. Darwin, - que em todos os organismos, a complexidade acompanha o aperfeiçoamento. O *governo directo* é o mais atrazado, é o que primeiro encontramos na historia; por isso, é tambem o mais simples. O aperfeiçoamento trouxe maior complicação no governo, como nos seres animaes. O que a serpente, vertebrado de íinfima escala, faz com um tubo intertinal e meia dúzia de orgams e membros, a espécie humana desempenha com tão complicado organismo. E' verdade que os governos das nações vão sempre abrindo mão de muitos cuidados que em outro tempos lhes estava confiados; mas é isso apenas uma desintegração de funcções, que vão sendo confiadas a orgams apropriados, sem impedir que o campo do phenomeno-governo encerre cada vez mais complexidade. Em todas as nações progressivas, incluvise a Suissa, as funcções publicas não cessam de argumentar em importancia, multiplicando-se as fazes por que devem ser encarados os problemas.

"Ao povo, como ta, faltam condições para ser orgam directo do governo. Elle é apenas a fonte do poder. O progresso popular, longe de annullar, ha de tornar mais assignalada a distribuição das funcções por seus orgams adequados. O que se há-de aperfeiçoar, pois, não será o poder directo do povo, mas a sua capacidade para escolher bons governos."